



UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO



**“APLICACIÓN DEL IUS CONNUBII: PARA EL RECONOCIMIENTO DEL
DERECHO DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO COMO
PRECEDENTE IMPORTANTE PARA EL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LAS
PAREJAS DEL MISMO SEXO
¿MATRIMONIO IGUALITARIO?”**

TESIS

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y
COMERCIAL**

AUTOR:

Abg. IRIS ROXANA PISCOYA FARROÑAN

ASESOR:

Mg. Sc. MARIANO LARREA CHUCAS

LAMBAYEQUE - PERÚ

2018



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL

Tesis presentada para optar el Grado Académico de Maestro en
derecho con mención en civil y comercial

“APLICACIÓN DEL IUS CONNUBII: Para el Reconocimiento del Derecho de
la Orientación Sexual e Identidad de Género como precedente importante para
el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo
¿Matrimonio Igualitario?”

PRESENTADA POR:

Abg. IRIS ROXANA PISCOYA FARROÑAN

LAMBAYEQUE - PERÚ

2018

“APLICACIÓN DEL IUS CONNUBII: Para el Reconocimiento del Derecho de la Orientación Sexual e Identidad de Género como precedente importante para el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo *¿Matrimonio Igualitario?*”

Abg. IRIS ROXANA PISCOYA FARROÑAN.

Mg. Sc. Mariano Larrea Chucas

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado Académico de: MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL.

APROBADO POR:

Presidente - Dr. MIGUEL ARCANGEL ARANA CORTEZ

Secretario – Dr. VICTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO

Vocal – Mg. CARLOS SILVA MUÑOZ

Mayo del 2018

DEDICATORIA

Este trabajo lo dedico en especial a mis padres, quienes son mi motivo de superación profesional

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por todos estos aprendizajes a lo largo del tiempo con mi corazón, mente, alma y Espíritu.

ÍNDICE

Dedicatoria.....	3
Agradecimiento.....	3
Resumen.	8
Abstract.....	11
Introducción.....	13
Capítulo. I Análisis Del Objeto De Estudio.....	14
1.1.- UBICACIÓN: Dogmática Y Aplicación Práctica.....	14
1.2.- Descripción Del Objeto De Estudio, Evolución Histórica y Tendencias En El Derecho Comparado.....	15
1.3.- Realización Empírica Del Objeto De Estudio.....	21
1.4.- Metodología Empleada Y Resultados.....	23
Capítulo II MARCO TEÓRICO.....	25
CAPÍTULO I	
Planteamiento Del Problema Y Manejo Metodológico De La Investigación.....	25
1.1. Realidad Problemática.....	25
1.2. Trabajos Previos.....	25
1.3. Temas relacionados al tema.....	26
1.4. Formulación del Problema.....	30
1.5. Justificación del Estudio.....	31
1.6. Hipótesis.....	33
1.7. Objetivos.....	34
1.8. Definición de Términos.....	35

1.9. Método.....	43
CAPÍTULO II	
El Matrimonio Y Su Naturaleza Jurídica.....	48
2.1. Antecedentes Históricos.....	48
2.2. Etimología y Teorías que explican su naturaleza jurídica.....	52
2.2.1. Etimología de Matrimonio.....	52
2.2.2. Teorías.....	53
2.2.3. El matrimonio. Concepto y sistemas matrimoniales, sistema vigente en el derecho español.....	59
2.2.4. Matrimonio igualitario: reacciones en el congreso por proyecto.....	63
2.3. IUS CONNUBII de los contrayentes.....	68
CAPÍTULO III	
Reconocimiento Del Principio De Igualdad Ante La Ley, Para Reconocer Las Uniones Familiares Entre Personas Del Mismo Sexo.....	73
3.1. Antecedentes históricos del principio de igualdad ante la ley.....	73
3.2. La compatibilidad del matrimonio igualitario y la convivencia entre personas del mismo sexo con la constitución peruana.....	94
3.3. Antecedentes Legislativos sobre unión civil y matrimonio igualitario....	101
3.4. Reforma Legislativa para el reconocimiento a las relaciones entre personas del mismo sexo. ¿Matrimonio igualitario?.....	104
3.5. Principio de Igualdad como fundamento constitucional de la unión de personas del mismo sexo.....	106

3.6. Reconocimiento del Matrimonio para efectos de su inscripción de un ciudadano peruano y un mexicano. Caso: Óscar Ugarteche y el mexicano Fidel Aroche, celebrado en México en el año 2010.....	119
CAPÍTULO IV	
Instrumentos Internacionales Que Regulan La Unión Entre Personas Del Mismo Sexo...	127
Introducción.....	127
4.1. Instrumentos Internacionales.....	130
4.2. Tendencias históricas en la legislación sobre la homosexualidad.....	137
CAPÍTULO V	
Jurisprudencia del derecho europeo en relación a las personas del mismo sexo.....	141
CAPITULO. III	
3.1. Análisis y discusión de los resultados de o los instrumento utilizados.....	143
Presentación del modelo teórico.....	153
Conclusiones.....	155
Recomendaciones.....	157
Referencias bibliográficas.....	159
Proyecto de Ley.....	163
Anexos.....	174

RESUMEN

La presente investigación, versa sobre el Derecho de la Orientación Sexual e Identidad de Género como precedente importante para el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo. La orientación sexual existe a lo largo del tiempo que va desde la heterosexualidad exclusiva hasta la homosexualidad exclusiva e incluye diversas formas de bisexualidad. Las personas bisexuales pueden experimentar una atracción sexual, emocional y afectiva hacia personas de su mismo sexo y del sexo opuesto. A las personas con una orientación homosexual se las denomina a veces gay (tanto hombres como mujeres) o lesbianas (sólo a las mujeres). La orientación sexual es diferente de la conducta sexual porque se refiere a los sentimientos y al concepto de uno mismo. Las personas pueden o no expresar su orientación sexual en sus conductas.

La orientación sexual es una atracción emocional, romántica, sexual o afectiva duradera hacia otros. Se distingue fácilmente de otros componentes de la sexualidad que incluyen sexo biológico, identidad sexual (el sentido psicológico de ser hombre o mujer) y el rol social del sexo (respeto de las normas culturales de conducta femenina y masculina).

Sin embargo, para muchos reconocer las relaciones de parejas del mismo sexo, equiparándolas al matrimonio oriundo, lo consideran perjudicial para la sociedad, porque rediseñará la mayor institución en favor de los hijos que ha existido en toda la historia de la humanidad, incidiendo en éste sentido el problema de la presente investigación, toda vez, que donde queda la verdadera democracia dentro de un Estado de Derecho, donde debe primar una cuota de libertad e igualdad a todos como persona que somos rescatándose el Principio de Igualdad ante la Ley.

El Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos sino ofrecerles la libertad para que ellos elijan su propio plan de vida y advirtiéndoles del peligro de la violencia estatal respecto del fuero íntimo, abarcando un sistema de valores, no necesariamente religiosos, en lo que el sujeto puede basar su proyecto de vida, que debían ser protegidos.¹

¹ CSJN; “Bazterrica, Gustavo” sentencia del 29 de agosto de 1986; publicado en LL 1986-D, p. 547 y siguientes. CSJN; “Portillo, Alfredo” sentencia del 18 de abril de 1989; publicado en LL, 1989-C,

Nuestra Constitución Política del Perú, señala en su Art. 1° que toda persona y el respecto de su DIGNIDAD son el fin supremo de la Sociedad y del Estado. Art. 2°, señala que toda persona tiene derecho a su identidad (inciso 1) A la Igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de sexo o de cualquier otra índole (inciso 2). Nuestro Código Civil, en su artículo 3° señala que toda persona tiene el goce de los derechos civiles. Art. 4° refiere que el varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles. Por ende, para el caso del Matrimonio, no se tendría que hacer distinción debido al sexo u orientación sexual.

Es una realidad que -actualmente- parejas del mismo sexo vivan juntas, formen una plena y permanente comunidad de vida dentro de su convivencia. Muchos forman una familia de hecho que merece un reconocimiento legal basándose en el Principio de Igualdad.

Ante ello, ¿Acaso, El Estado, no se encuentra en la obligación de brindarles la protección legal, social y económica, que merecen? ¿El Estado debe obviarlo o discriminarlos?

No debemos tomar una posición radical y extremista de considerar solo al Matrimonio como la Unión de un Varón y una Mujer y negar las uniones entre persona del mismo sexo con cualquier norma que lo prohíba o incluso tomar cualquier interpretación distinta, que al final resultaría lesiva para el marco científico, psicológico, social y constitucional al **Derecho de Identidad de Género**, Derecho a la Igualdad y Derecho a la Orientación Sexual, desconociendo que el derecho es cambiante y avanza a la vanguardia de la realidad social.

"Las diferencias entre las uniones de hecho homosexuales y heterosexuales que justifican una disimilitud de tratamiento jurídico en orden al derecho a casarse, a adoptar, al acceso a la fecundación asistida y a la filiación no existen en los conflictos estrictamente patrimoniales suscitados al fin de la unión, por ello corresponde solucionar los problemas patrimoniales generados a la disolución de una unión homosexual aplicando las pautas dadas para la unión heterosexual y dirimir esa controversia teniendo en cuenta -por analogía- la vasta experiencia

p. 401 y siguientes. CSJN Fallos 306: 1892. CSJN, "Bahamondez, Marcelo" sentencia de abril, 1993; publicado en: LL 1993-D, p. 130 y siguientes, entre otros.

jurisprudencial existente en nuestro país en resolución de conflictos económicos motivados por la finalización del concubinato"²

Por tales motivos, concluyo como base para justificar mi tesis, una explicación del matrimonio y del 'ius connubii' a partir del realismo jurídico, porque el matrimonio, antes que sistema jurídico de normas, es una realidad que exige un sistema jurídico que lo reconozca, regule, proteja y promueva a través de reformas legislativas, partiendo de la Reforma del Art. 234° de nuestro Código Civil, para así, desde dicha óptica comprender el porqué del sistema jurídico matrimonial en personas del mismo sexo.

Los alcances de esta investigación es pretender analizar la eficacia e importancia del Derecho de la Orientación Sexual e Identidad de Género como precedentes importantes para el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo, para lograr concientizar a la población en la aceptación de tales cambios normativos.

PALABRAS CLAVES.

LGBTI es un acrónimo que se usa como término colectivo para referirse a las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans (el término trans se refiere a travestis, transexuales y transgéneros) e Intersexuales

² **Azpiri, Jorge** (1999), Reflexiones sobre las cuestiones patrimoniales emergentes de una unión derecho homosexual, Hamurabi SRL, Buenos Aires.

ABSTRACT

The present investigation deals with the Law of Sexual Orientation and Gender Identity as an important precedent for the legal recognition of same-sex couples. Sexual orientation exists over time ranging from exclusive heterosexuality to exclusive homosexuality and includes various forms of bisexuality. Bisexual people can experience a sexual, emotional and affective attraction towards people of the same sex and of the opposite sex. People with a homosexual orientation are sometimes called gay (both men and women) or lesbians (only women). Sexual orientation is different from sexual behavior because it refers to feelings and the concept of oneself. People may or may not express their sexual orientation in their behaviors.

Sexual orientation is an emotional, romantic, sexual or affective long-lasting attraction towards others. It is easily distinguished from other components of sexuality that include biological sex, sexual identity (the psychological meaning of being male or female) and the social role of sex (respect for cultural norms of female and male behavior).

However, for many to recognize the relationships of same-sex couples, equating them with the original marriage, they consider it harmful for society, because it will redesign the largest institution in favor of children that has existed in the history of mankind, affecting this one I felt the problem of the present investigation, every time, that where the true democracy remains within a State of Law, where a quota of freedom and equality must prevail to all as a person that we are rescuing the Principle of Equality before the Law. Our Political Constitution of Peru, states in its Article 1 that every person and the respect of his DIGNITY are the supreme purpose of the Society and the State. Article 2, states that everyone has the right to their identity (paragraph 1) To Equality before the Law. No one should be discriminated against on the grounds of sex or any other reason (subsection 2). Our Civil Code, in its 3rd article, states that every person has the enjoyment of civil rights. Article 4 states that men and women have equal capacity for enjoyment and exercise of civil rights. Therefore, in the case of Marriage, no distinction should be made due to sex or sexual orientation. It is a reality that -at present- couples of the same sex live together, form a full and permanent community of life within their

coexistence. Many form a de facto family that deserves legal recognition based on the Principle of Equality. Given this, is the State not in the obligation to provide them with the legal, social and economic protection they deserve? Should the State ignore or discriminate against them? We must not take a radical and extremist position of considering only Marriage as the Union of a Man and a Woman and denying unions between persons of the same sex with any rule that prohibits it or even taking any other interpretation, which in the end would be harmful to the scientific, psychological, social and constitutional framework of the Right of Gender Identity, Right to Equality and Right to Sexual Orientation, ignoring that the law is changing and advances at the forefront of social reality.

For these reasons, I conclude as a basis to justify my thesis, an explanation of marriage and 'ius connubii' from legal realism, because marriage, rather than legal system of rules, is a reality that requires a legal system that recognizes it , regulate, protect and promote through legislative reforms, based on the Reform of Art. 234 of our Civil Code, so that, from this point of view, we can understand the reason for the matrimonial legal system in persons of the same sex.

The scope of this research is to try to analyze the effectiveness and importance of the Law of Sexual Orientation and Gender Identity as important precedents for the legal recognition of same-sex couples, to achieve awareness in the population in the acceptance of such normative changes.

KEYWORDS:

LGBTI is an acronym that is used as a collective term to refer to Lesbian, Gay, Bisexual, Trans (the term trans refers to transvestites, transsexuals and transgenders) and Intersex.

INTRODUCCION

En relación al Tema propuesto, sobre la *APLICACIÓN DEL IUS CONNUBII: Para el Reconocimiento del Derecho de la Orientación Sexual e Identidad de Género como precedente importante para el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo*”. ¿Matrimonio Igualitario?, solo existen ensayos que tratan relativamente el tema. Pero existen diversos proyectos de reformas que servirán de base para alcanzar una propuesta legislativa de reconocimiento al Matrimonio Igualitario. Ya en el Derecho Comparado, como en la Unión Europea, los matrimonios entre personas del mismo sexo, son una realidad.

Últimamente, ha despertado el debate sobre la regulación del matrimonio homosexual (o igualitario) en el Perú, centrándose en dos puntos de vista jurídicos: el constitucional y el civil, en cuanto a su reforma. Nuestra Constitución prohíbe la discriminación basada en la orientación sexual, lo que podría extenderse a figuras como el matrimonio.

Sin embargo, el Código Civil solo regula la unión de parejas heterosexuales.

La importancia de la presente investigación, despierta su interés a raíz que el Poder Judicial en una sentencia sin precedente, ordena al Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (Reniec) reconocer el matrimonio celebrado en México entre el economista peruano Óscar Ugarteche y su pareja Fidel Aroche. Si bien se encuentra en proceso de apelación, tal fallo ha reabierto la discusión sobre las uniones homosexuales en el país, dando inicio al debate sobre el reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo, partiendo por reconocer en la presente investigación la naturaleza jurídica del Matrimonio y sus alcances.

Consecuentemente, la reforma legal del Art. 234° del Código Civil, resulta necesario para reconocer la naturaleza jurídica del Matrimonio como un contrato y abrir paso al Matrimonio Igualitario entre personas del mismo sexo, siendo legítimamente constitucional y resultando eficaz porque se reconoce el derecho a la igualdad, a su propia identidad y a la no discriminación. Pero para iniciar tales reformas, debemos reconocer dos temas de mucha importancia el Derecho de la Orientación Sexual e Identidad de Género como precedentes importantes para el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo, conforme al Derecho Europeo.

LA AUTORA

CAP. I ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1 UBICACIÓN: DOGMÁTICA Y APLICACIÓN PRÁCTICA.

La Constitución Política del Perú dice en su **artículo 2°** que todas las personas tienen derecho "a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole".

El Código Civil establece en su **artículo 234°** que "el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común".

Consecuentemente, en la realidad existen uniones de parejas del mismo sexo haciendo vida en común, similar a la unión de hecho; pero el problema fundamental radica en reconocer dichas uniones o establecer el matrimonio igualitario con base en nuestra Constitución y reforma de nuestro Código Civil. La clave está en el principio que prohíbe la discriminación, el mismo que ha sido aplicado en los países donde hoy las uniones homosexuales son legales, es decir el Principio Fundamental a la Igualdad ante la Ley.

Pretendo justificar mi tesis, partiendo de la naturaleza jurídica del matrimonio y del 'ius connubii' a partir del realismo jurídico, porque el matrimonio, antes que sistema jurídico de normas, es una realidad que exige un sistema jurídico que lo reconozca, regule, proteja y promueva a través de reformas legislativas, para así, desde dicha óptica comprender el porqué del sistema jurídico matrimonial entre personas del mismo sexo.

Por ello, la eficacia e importancia del estudio y reconocimiento del Derecho de la Orientación Sexual e Identidad de Género como precedentes importantes para el reconocimiento legal de las parejas

del mismo sexo, para lograr concientizar a la población en la aceptación de tales cambios normativos.

1.2 DESCRIPCIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO, EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y TENDENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO.

La presente investigación tiene como objeto de estudio reconocer la eficacia del *ius connubii* e importancia del Matrimonio Igualitario para lograr una reforma del Art. 234° de nuestro Código Civil y de nuestra Constitución Política del Perú.

Para ello, es importante analizar la eficacia e importancia del reconocimiento al Derecho de la Orientación Sexual e Identidad de Género como precedentes importantes para el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo.

Es una realidad, que actualmente no ha habido un pronunciamiento específico en las cortes internacionales sobre el derecho al matrimonio igualitario. No obstante, la prohibición de la discriminación, que es el principio medular de los derechos humanos, señala que los Estados no pueden realizar distinciones arbitrarias en razón a una serie de comportamientos o categorías como la orientación sexual, como actualmente el Poder Judicial en una sentencia sin precedente, ordenó a Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (Reniec) reconocer el matrimonio celebrado en México entre el economista peruano Óscar Ugarteche y su pareja Fidel Aroche, abriendo las puertas al debate del tema propuesto. Nuestro Código Civil de 1984 no permite los matrimonios entre personas del mismo sexo. Sin embargo, durante estos últimos años, han sido muchos los esfuerzos por pretender reconocer el Matrimonio e Uniones de Hecho, entre personas del mismo sexo.

Pretender **reconocer e inscribir el matrimonio homosexual** de un ciudadano peruano y un mexicano, cuya celebración fue en México, mediante una sentencia en primera instancia del 7° Juzgado Constitucional de Lima, presidido por la magistrada Malbina Saldaña, decreta que el Registro Nacional de Identidad y Estado

Civil (Reniec) reconozca el matrimonio entre el economista peruano **Óscar Ugarteche** y el mexicano **Fidel Aroche**, celebrado en México en el año 2010.

Según la resolución de la jueza "**la pretensión del demandante sí resulta amparable, no siendo factible que sufra de algún tipo de discriminación en virtud de su orientación sexual**". Ugarteche quiso inscribir su matrimonio en el año 2012, pero Reniec declaró improcedente la solicitud del acta de matrimonio.

Como se puede advertir, ya no es una simple unión civil que se pretende materializar. Sino versa sobre **el matrimonio entre personas del mismo sexo respetándose su Orientación sexual e Identidad de Género, rebatiéndose la naturaleza del matrimonio para abrir el camino hacia su reconocimiento y que toda persona sin importar el sexo puedan juntarse legalmente y ser respetados en su derecho a la Igualdad.**

Hoy por Hoy, estamos frente a una nueva tendencia moderna para nuestro país, que aun hace resistencia por separarse de las costumbres y teorías tradicionales, para abrir pasos a una **cultura de género** que en el Derecho Comunitario Europeo ha tenido un apogeo importante en su evolución. Realidad que no es ajena a nuestro suelo patrio peruano, donde los matrimonios igualitarios apuntan en un futuro próximo lograr obtener el respeto y la no discriminación con el lema: "**todos somos iguales y nos casamos**". En relación al caso propuesto, sirve de lineamiento a la presente tesis en contraste con la realidad Europea. Apuntando por la reforma legislativa del Art. 234° del Código Civil y de nuestra Constitución Política del Perú.

Proponiendo para el caso que nos ocupa, la aplicación del Derecho Constitucional a la Igualdad de Género e Identidad, como base de reforma del Art. 234° de nuestro Código Civil.

La ciudadana Brenda Álvarez, abogada de la **ONG Promsex** (Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales) consideró la respuesta del Poder Judicial como saludable, logrando un avance que abrirá las puertas para reconocer el Matrimonio Igualitario, **falló**

histórico para la realidad peruana, donde se pondera un derecho fundamental como el **derecho a la igualdad** por encima del concepto como el matrimonio. Así tenemos un gran avance en el derecho comparado.

1. DERECHO COMPARADO:

Reguladas jurídicamente en varios países de Europa y América Latina de forma muy similar al de los matrimonios heterosexuales tradicionales.

- a. En el caso reciente de **Argentina** (Provincias argentinas de Buenos Aires y Río Negro), primer país en América en aprobarlo, se ha regulado el llamado “**matrimonio homosexual**”, denominación que no se comparte por tener el término un contenido peyorativo no acorde con un reconocimiento constitucional al a Igualdad. Recientemente el Congreso ha aprobado una ley que modifica el Código Civil³ y en lugar de marido y mujer se ha puesto “**contrayentes**”, con la clara intención de equipar al matrimonio heterosexual y podrán adoptar niños. Propuesta que podría servir de lineamiento a la reforma legislativa de nuestro Código Civil que data desde el año 1984.

Recientemente, Argentina se transformó, con la sanción de la Ley 26.618, en el primer país latinoamericano en modificar su legislación nacional para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo⁴

- b. **Uruguay**: La regulación de la unión homosexual en el derecho a través de la unión concubinaria homosexual. **Ley**

³ La reciente introducción del matrimonio entre personas del mismo sexo, matrimonio homosexual o matrimonio gay a través de la Ley 26.618, publicada en el Boletín Oficial el día 22 de julio de 2010, modificatoria del Código Civil, se traduce en significativos cambios en materia del régimen internacional del matrimonio, desde la mirada del Derecho Internacional Privado, en particular a la hora de reconocer un matrimonio de este tipo celebrado en el extranjero, bajo una ley que también lo admite. En suma, la ley de “matrimonio igualitario” modifica el contenido del denominado orden público internacional argentino. De esta delicada cuestión, nos ocuparemos en el presente trabajo. **Código Civil de la República Argentina**. Abeledo Perrot, Argentina.

⁴ **SIVERINO BAVIO, Paula**. Propuestas de regulación de las uniones homoafectivas en el Perú: ¿matrimonio igualitario o unión civil? Gaceta Constitucional. Tomo 32 Lima: Gaceta Jurídica, agosto 2010, pp. 53-67.

de Uniones Concubinarias. La doctrina nacional más prestigiosa entiende que no obstante que el Código de la Niñez y de la Adolescencia fue a su vez modificado para habilitar la realización de adopciones por personas unidas en concubinato, (Ley de Adopción No. 18.590).

- c. Uniones homosexuales en **Europa** han tenido lugar entre otros, en España, Francia, Alemania y Noruega, pero con la limitante, en algunos de ellos, de no poder adoptar niños.
- d. Caso **Montevideo**: En el mes de junio de 2012 una Jueza de Familia de **Montevideo** declaró eficaz un "**matrimonio gay**" contraído en España con los pretensos argumentos de que el matrimonio en ausencia de tratado se regula por el **art. 2395 del Apéndice del CC** que establece que el matrimonio se regula por la ley de celebración, que se trata de **una situación jurídica válida en el lugar de celebración** y que en Uruguay luego de la sanción de la Ley No. 18.620 de cambio de sexo registral, **la heterosexualidad no es más un requisito necesario para la celebración del vínculo**. La crítica a ese fallo: la jueza calificó "**lex causae**", es decir, según el derecho extranjero; que tal técnica de calificación "**extra ordinem**" es rechazada por el maestro **Quintín Alfonsín** en su obra "**Teoría del Derecho Privado Internacional**". Que si hubiera aplicado las técnicas "**in ordine**", "**lex fori**" **con elasticidad o exegética**, evidentemente que hubiera chocado con los límites del alcance extensivo de la categoría matrimonio en nuestro Derecho Internacional Privado, que claramente establece que el matrimonio es unión celebrada según los requisitos del lugar de celebración pero **ENTRE HOMBRE Y MUJER**. Además, es claro que la ley de cambio de sexo registral no habilitó lo que la sentencia pretende, a tal punto que el gobierno está preparando un proyecto de ley que llama de "**matrimonio igualitario**" (homosexual), para enviar al

Parlamento, lo que evidencia que nuestra afirmación es jurídicamente correcta.

- e. **Caso Peruano:** La lucha de Estela por su identidad, reconocida como mujer en España desde el 2001, tiene DNI y pasaporte español, pero esos documentos no le sirven cuando regresa al país donde nació: Perú. Entre marzo del 2008 y octubre del 2009 ganó una acción civil (“cambio de nombre⁵”) que le permitió el cambio del prenombre. La “M”, no obstante, seguía ahí, en su documento, como una losa. Esa “M” representa un recordatorio de la discriminación legal que Estela sufre. Cuando para evitar esta discriminación Estela trata de utilizar su pasaporte y DNI español, siempre le dicen lo mismo: “Señora usted es peruana, tienes que identificarse con los documentos peruanos”. Llegados a ese punto, cuando ella les muestra su DNI, el asunto se complica. Ya no saben qué trato darle. La señora pasa a ser un señor, sin serlo, y la incomodidad define la situación. También la incompreensión, la injusticia. Ocurrió el día en que se disponía a entrar en una dependencia del Estado. Después de que el vigilante le requiriera su DNI, Estela le solicitó usar los servicios higiénicos. Revisando los datos del documento de identificación, el vigilante optó por dirigirla al baño de varones. Estela decidió iniciar un nuevo proceso judicial para que se hiciera efectivo el **reconocimiento legal de su identidad sexual**. El **23 de agosto del 2010**, ella y su abogado, **Rafael Ynga Zevallos**, interpusieron una acción de amparo ante el Juzgado Civil de San Martín. En mayo del 2012, en una sentencia de 18 páginas y con argumentos jurídicos sólidos, el juez **Félix Ramírez Sánchez** ordenó al Reniec registrar en el DNI y la partida de nacimiento de Estela que su sexo es el femenino.

⁵ “es la expresión fonética de la identidad del existente; en otras palabras el derecho sobre el nombre es un derecho existencial, el mismo que protege los demás datos personales y con iguales características” **RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo**. Derecho Civil Parte General. Buenos Aires: Astrea, 2000. p. 435.

Reniec apeló la decisión judicial y la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto, integrada por los **jueces Montenegro Muguerza, Fernandini Díaz, y Sandoval Aguilar** revocó la sentencia y mantuvo el sexo masculino. Su argumento fue que una acción de garantía no era la vía idónea para resolver esta controversia por existir vías paralelas satisfactorias.

En enero del 2013, el expediente llegó al Tribunal Constitucional y la vista de su causa.

En España o Argentina, por citar dos países, el cambio de identidad sexual no requiere ir a los tribunales, es un sencillo trámite administrativo regulado por la **Ley de Identidad de Género** (Ley 26.743 en Argentina y 3/2007 en España).

Jurisprudencia: Un fallo reciente del año 2008 autorizó a reasignar el sexo y nombre de una niña hermafrodita. Esta situación tuvo lugar en Colonia Tatacua, y se inicia en el 2004, con el nacimiento de una bebé a la cual, por error, se la inscribió con nombre de varón (Marcos) dado que su pequeño cuerpo exponía por fuera el órgano reproductor masculino. Por dentro era claramente una niña: poseía útero y ovarios. El hermafroditismo (o pseudohermafroditismo conforme la distinción hecha precedentemente) que presentaba tenía la característica de los órganos internos vaginales desarrollados, mientras que, exteriormente, se habían desarrollado genitales masculinos causando el consecuente trastorno hormonal. Clínicamente se determinó que sufre de hiperplasia suprarrenal congénita, por deficiencia de la enzima 21 hidroxilasa, lo que trae como consecuencia una virilización de los genitales externos.

El más reciente caso peruano, es el ya tratado en la primera parte del presente trabajo y que surge como fuente de inspiración para el Matrimonio Igualitario.

1.3 REALIZACIÓN EMPÍRICA DEL OBJETO DE ESTUDIO:

La presente investigación, versa sobre el Derecho de la Orientación Sexual e Identidad de Género como precedente importante para el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo. El Estado moralista reconoce el matrimonio natural y además le interesa protegerlo, puesto que considera que el matrimonio es un asunto meramente moral y privado.

Sin embargo, para muchos reconocer las relaciones de parejas del mismo sexo, equiparándolas al matrimonio oriundo, lo consideran perjudicial para la sociedad, porque rediseñará la mayor institución en favor de los hijos que ha existido en toda la historia de la humanidad.

Pero, donde queda la verdadera democracia dentro de un Estado de Derecho, donde debe primar una cuota de libertad e igualdad a todos como persona que somos. Nuestra Constitución Política del Perú, señala en su Art. 1° que toda persona y el respecto de su DIGNIDAD son el fin supremo de la Sociedad y del Estado. Art. 2°, señala que toda persona tiene derecho a su identidad⁶ (inciso 1) A la Igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de sexo o de cualquier otra índole (inciso 2). Nuestro Código Civil, en su artículo 3° señala que toda persona tiene el goce de los derechos civiles. Art. 4° refiere que el varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles.

Por ende, para el caso del Matrimonio, no se tendría que hacer distinción debido al sexo u orientación sexual.

Es una realidad que -actualmente- parejas del mismo sexo vivan juntas, formen una plena y permanente comunidad de vida dentro de su convivencia. Muchos forman una familia de hecho que merece un reconocimiento legal basándose en el Principio de Igualdad.

⁶ “La persona es un sujeto proyectivo que hace su vida a cada instante. En definitiva, el ser humano es libertad que se proyecta” **FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos**. El derecho como libertad. 2da edición. Lima: Universidad de Lima, 1994. p. 73; y, Derecho y persona. 3ra edición. Lima: Grijley, 1998. p. 99. En este caso Fernández Sessarego distingue entre libertad “ontológica” (libertad como calidad del “ser”) y libertad “fenoménica” (como posibilidad de “hacer”)

Ante ello, ¿Acaso, El Estado, no se encuentra en la obligación de brindarles la protección legal, social y económica, que merecen? ¿El Estado debe obviarlo o discriminarlos?

No debemos tomar una posición radical y extremista de considerar solo al Matrimonio como la Unión de un Varón y una Mujer y negar las uniones entre persona del mismo sexo con cualquier norma que lo prohíba o incluso tomar cualquier interpretación distinta, que al final resultaría lesiva para el marco científico, psicológico, social y constitucional al **Derecho de Identidad de Género, Derecho a la Igualdad y Derecho a la Orientación Sexual**, desconociendo que el derecho es cambiante y avanza a la vanguardia de la realidad social.

Por tales motivos, concluyo como base para justificar mi tesis, una explicación del matrimonio y del 'ius connubii' a partir del realismo jurídico, porque el matrimonio, antes que sistema jurídico de normas, es una realidad que exige un sistema jurídico que lo reconozca, regule, proteja y promueva a través de reformas legislativas, partiendo de la Reforma del Art. 234° de nuestro Código Civil, para así, desde dicha óptica comprender el porqué del sistema jurídico matrimonial en personas del mismo sexo.

Por un lado, la **Episcopal Peruana** en la última fecha o presente año, consideran que "la propuesta de unión civil entre personas del mismo sexo contraría el orden natural, **distorsiona la verdadera identidad de la familia**, contradice la finalidad del matrimonio, atenta contra la dignidad humana de los peruanos, amenaza la sana orientación de los niños y menoscaba el más sólido fundamento de nuestra sociedad, que aspira a un desarrollo humano integral".

Desde la perspectiva contraria, tenemos a los defensores que invocan el **derecho a la igualdad**, donde se parte por elementos jurídicos típicos del matrimonio, que más allá de la denominación de la norma, **se pretende equiparar el matrimonio y la unión civil, preparando el camino para introducir en el Perú el matrimonio homosexual** con la **posibilidad de adoptar niños**, finalidad última

que persigue, pero sobre todo, un elevado reconocimiento al Derecho Constitucional de la Orientación Sexual e Identidad de Género.

Como católicos somos conscientes de que todas las personas tenemos iguales derechos, por lo cual en principio rechazamos cualquier forma de discriminación. Sin embargo, también sabemos que en la búsqueda de la verdadera justicia es indispensable respetarlas innegables diferencias naturales y complementarias entre el hombre y la mujer, por lo que concluimos que El “Matrimonio Igualitario” entre personas del mismo sexo “es legítimamente constitucional” porque reconoce el derecho a la igualdad, a su propia identidad, a la no discriminación y se debe partir de la reforma del Art. 234° del Código Civil y reforma constitucional.

Otra reforma que necesita cambios constituye el **Art. 326°** de nuestro Código Civil, a efectos de no solo reconocer el Matrimonio Igualitario, sino un nuevo estado civil, mientras que el concubino sigue siendo concubino. El concubino solo puede heredar a los dos años de convivir, la persona que contraiga **la unión civil heredaría**, si su pareja muere, al día siguiente. En el caso del concubinato la sociedad de bienes se forma recién a los dos años, en el otro caso al día siguiente de registrarse la unión civil. Habría que estudiar si los concubinos también tendrían que tener más derechos, con el tema del derecho a la herencia. ***Con el matrimonio entre personas del mismo sexo se crea un nuevo estado civil.*** Se debe otorgar una serie de derechos a las personas del mismo sexo que conviven o que quieren hacer una vida de convivencia, que no están regulados en la ley, planteándose reformas legislativas al respecto, al igual que el Matrimonio Igualitario

1.4 METODOLOGÍA EMPLEADA Y RESULTADOS.

1. 4.1 DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPOTESIS

La abstracción científica se realizará siguiendo las reglas del método científico de tal manera que el objeto investigado será

analizado en su relación causa y efecto, a fin de determinar si la reforma legal del Art. 234° del Código Civil, nos permitirá reconocer a la naturaleza jurídica del Matrimonio como contrato, donde debe primar el derecho de elección (Ius connubii) del cónyuge y su derecho a que el matrimonio sea reconocido, protegido y conservado por el ordenamiento jurídico, primando su Derecho de la Orientación Sexual e Identidad de Género como precedente importante para el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo, qué es lo viene originando el problema y de este modo plantear alternativas a efectos de superar la problemática

Lo que se busca es armonizar el principio de igualdad, que está amparado por la Constitución, con el matrimonio que hoy solo es exclusivo para las personas heterosexuales.

CAP. II MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y MANEJO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Realidad problemática

El Estado moralista reconoce el matrimonio natural y además le interesa protegerlo, puesto que considera que el matrimonio es un asunto meramente moral y privado.

Nuestra Constitución Política del Perú, señala en su Art. 1° que toda persona y el respecto de su DIGNIDAD son el fin supremo de la Sociedad y del Estado. Art. 2°, señala que toda persona tiene derecho a su identidad (inciso 1) A la Igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de sexo o de cualquier otra índole (inciso 2). Nuestro Código Civil, en su artículo 3° señala que toda persona tiene el goce de los derechos civiles. Art. 4° refiere que el varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles.

El caso del Matrimonio, no se tendría que hacer distinción debido al sexo u orientación sexual.

Ante ello, ¿Acaso, El Estado, no se encuentra en la obligación de brindarles la protección legal, social y económica, que merecen? ¿El Estado debe obviarlos o discriminarlos?

Se debe reconocer al **Derecho de Identidad de Género**, Derecho a la Igualdad ante la Ley y Derecho a la Orientación Sexual, toda vez que el derecho es cambiante y avanza a la vanguardia de la realidad social.

Propugno la Reforma del Art. 234° de nuestro Código Civil, para así, desde dicha óptica comprender el porqué del sistema jurídico matrimonial en personas del mismo sexo.

1.2 Trabajos Previos:

En el Perú Ninguno. Caso **Ugarteche** podría permitir el reconocimiento de la legalidad de una unión homosexual (Matrimonio Igualitario).

Actualmente, el matrimonio igualitario es legal en 20 países, incluyendo Argentina, España, Suecia, Noruega, Portugal, México, y Dinamarca. El primer país en regular estas uniones en el mundo fue Holanda en 2000. Diecisiete años después, el debate es más intenso que nunca.

1.3 Temas relacionados al tema.

1.3.1 Cuerpos Normativos:

1. 3.1.1 Constitución Política del Perú.

Artículo 2° que todas las personas tienen derecho "a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole"

1.3.1.2 Código Civil.

El Código Civil establece en su **artículo 234** que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.

Art. 326°. Efectos de Uniones de Hecho.

La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indevido.

1.3.2 Derecho Internacional, Igualdad de Género y los Derechos Fundamentales.

La **igualdad de género** implica que hombres y mujeres deben recibir los mismos beneficios, las mismas sentencias y ser tratados con el mismo respeto. El **principio de igualdad** y de **no discriminación por razón de sexo** es una obligación de derecho internacional general, que vincula a todas las naciones y, dado su carácter primordial, se establece siempre como un principio que debe inspirar el resto de los derechos fundamentales.

En el marco internacional, el derecho internacional prohíbe la discriminación basada en el sexo. La adopción de la Carta de las Naciones Unidas, firmada en **San Francisco el 26 de junio de 1945** ha posicionado el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación en la órbita de los derechos humanos.

En el preámbulo de la **Carta de San Francisco** se proclama que: Se reafirma la fe en los derechos fundamentales del ser humano, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos entre

los hombres y las mujeres y de las naciones grandes y pequeñas.

La Organización de las Naciones Unidas completó el catálogo de derechos jurídicamente vinculantes para todos los estados miembros a través de los siguientes documentos:

1. La Carta de San Francisco de 1945 antes mencionada.
2. La Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada el 10 de diciembre de 1948
3. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
4. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos aprobados el 16 de diciembre de 1966, textos que configuran el principio de no discriminación como un auténtico principio estructural.

Más importancia para la igualdad de género tiene la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, del 18 de diciembre de 1979, ratificada por España en 1983 y publicada en el BOE en 1984, y en su Protocolo Facultativo, ratificado y en vigor desde el año 2001, que establecen que: “Los Estados deben tomar las medidas apropiadas, incluyendo las de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer en todos los ámbitos (...) No se considerará discriminación la adopción de medidas especiales encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer”

La Cuarta Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer que tuvo lugar en Beijing en 1995. La Conferencia adquiere un significado enorme en poner de

manifiesto el consenso que hay en relación con la universalidad y la globalidad de los problemas de las mujeres, y destaca la importancia de la igualdad y la no discriminación por razón de sexo como factor ineludible para construir las sociedades del siglo XXI. En definitiva, entre los objetivos de desarrollo de las Naciones Unidas para el milenio, la igualdad de oportunidades entre sexos y la autonomía de las mujeres ocupan un lugar destacado.

1.3.3. Igualdad de Género según la UNESCO.

La **Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura** (Unesco), la cual ha compartido un informe sobre igualdad de género, en donde también se define claramente la equidad de género.

Igualdad de género:

Es "la igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades de mujeres y hombres, y niñas y niños. La igualdad no significa que las mujeres y los hombres sean lo mismo, sino que los derechos, responsabilidades y oportunidades no dependen del sexo con el que nacieron.

La igualdad de género supone que se tengan en cuenta los intereses, las necesidades y las prioridades tanto de las mujeres como de los hombres, reconociéndose la diversidad de los diferentes grupos de mujeres y de hombres".

Género:

"Por 'género' se entienden las construcciones socioculturales que diferencian y configuran los roles, las percepciones y los estatus de las mujeres y de los

hombres en una sociedad. Por 'igualdad de género' se entiende la existencia de una igualdad de oportunidades y de derechos entre las mujeres y los hombres en las esferas privada y pública que les brinde y garantice la posibilidad de realizar la vida que deseen. Actualmente, se reconoce a nivel internacional que la igualdad de género es una pieza clave del desarrollo sostenible".

Equidad de género:

Es "la imparcialidad en el trato que reciben mujeres y hombres de acuerdo con sus necesidades respectivas, ya sea con un trato igualitario o con uno diferenciado pero que se considera equivalente en lo que se refiere a los derechos, los beneficios, las obligaciones y las posibilidades. En el ámbito del desarrollo, un objetivo de equidad de género a menudo requiere incorporar medidas encaminadas a compensar las desventajas históricas y sociales que arrastran las mujeres".

El Currículo Nacional Escolar promovía la **ideología de género**, donde el Gobierno busca lograr que los colegiales entiendan que los hombres y mujeres tienen igualdad de oportunidades sin importar su orientación sexual.

1.4. Formulación del Problema.

¿Resulta eficaz aplicar el *ius connubii* e importante reconocer el Matrimonio Igualitario para una reforma del Art. 234° de nuestro Código Civil, teniendo como base el Derecho de la Orientación Sexual e Identidad de Género como precedentes importantes para el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo?

1.5. Justificación del Estudio.

El **artículo 234°** del Código Civil, señala y cito: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

Lo que motiva realizar el presente trabajo de investigación, parte por reconocer dos posiciones muy encontradas entre sí. Por un lado La **Episcopal Peruana** que no sólo emitió comunicado para pronunciarse sobre Matrimonio Igualitario, sino por el tan ansiado proyecto de unión civil no matrimonial entre personas del mismo sexo, donde los obispos consideran que "la propuesta de unión civil entre personas del mismo sexo contraría el orden natural, **distorsiona la verdadera identidad de la familia**, contradice la finalidad del matrimonio, atenta contra la dignidad humana de los peruanos, amenaza la sana orientación de los niños y menoscaba el más sólido fundamento de nuestra sociedad, que aspira a un desarrollo humano integral".

Desde la perspectiva contraria, tenemos a los defensores de esta iniciativa legislativa que invocan el **derecho a la igualdad**, donde el proyecto contiene elementos jurídicos típicos del matrimonio, lo que pone de manifiesto que, más allá de la denominación de la norma, **se pretende equiparar el matrimonio y la unión civil, preparando el camino para introducir en el Perú el matrimonio homosexual** con la **posibilidad de adoptar niños**, finalidad última que persigue, pero sobre todo, un elevado reconocimiento al Derecho Constitucional de la Orientación Sexual e Identidad de Género.

Como católicos somos conscientes de que todas las personas tenemos iguales derechos, por lo cual en principio rechazamos cualquier forma de discriminación. Sin embargo, también sabemos que en la búsqueda de la verdadera justicia es indispensable respetar las innegables diferencias naturales y complementarias entre el hombre y la mujer, por lo que concluimos que El “Matrimonio Igualitario” entre personas del mismo sexo “es legítimamente constitucional” porque reconoce el derecho a la igualdad, a su propia identidad, a la no discriminación y se debe partir de la reforma del Art. 234° del Código Civil.

Los derechos de las minorías sexuales han ido ganado muy lentamente reconocimiento en la jurisprudencia y a nivel administrativo local. Testimonia lo dicho: la sanción de la ley de unión civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.⁷

Por ello, es importante determinar su alto grado de eficacia en cuanto a su reforma legislativa se trata, para la aprobación o rechazo del Matrimonio Igualitario, al momento de su aplicación práctica.

Otra reforma que necesita cambios constituye el **Art. 326°** de nuestro Código Civil, a efectos de no solo reconocer el Matrimonio Igualitario, sino un nuevo estado civil, mientras que el concubino sigue siendo concubino. El concubino solo puede heredar a los dos años de convivir, la persona que contraiga **la unión civil heredaría**, si su pareja muere, al día siguiente. En el caso del concubinato la sociedad de bienes se forma recién a los dos años, en el otro caso al día siguiente de registrarse la unión civil. Habría que estudiar si los concubinos también tendrían que tener más derechos, con el tema del derecho a la herencia. ***Con el matrimonio entre personas del mismo sexo se crea un nuevo estado civil.***

⁷ **SIVERINO BAVIO, Paula.** Unión Civil, Legalización o barbarie? En: Legal Express, Gaceta Jurídica, año 2 Número 24. Diciembre de 2002, Lima, Perú, p. 15.

Se debe otorgar una serie de derechos a las personas del mismo sexo que conviven o que quieren hacer una vida de convivencia, que no están regulados en la ley, planteándose reformas legislativas al respecto, al igual que el Matrimonio Igualitario.

1.6. Hipótesis.

1.6.1. Hipótesis General:

La reforma legal del Art. 234° del Código Civil, reconociéndose la naturaleza jurídica del Matrimonio como contrato y abrir paso al Matrimonio Igualitario entre personas del mismo sexo, siendo legítimamente constitucional y resultando eficaz porque se reconoce el derecho a la igualdad, a su propia identidad, a la no discriminación.

1.6.2. Hipótesis Específica:

- Reconocer la naturaleza jurídica del Matrimonio como contrato.
- Reconocer al ius connubii, como un derecho de elección del cónyuge y el derecho a que el matrimonio sea reconocido, protegido y conservado por el ordenamiento jurídico.
- Reconocer que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, sin distinción de sexo.
- Reconocimiento de los derechos relativos a la orientación de género y a la libertad sexual.
- Reconocimiento del Derecho de la Orientación Sexual como precedente importante para el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo.
- Reconocimiento del Derecho de la Identidad de Género como precedente importante para el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo.
- El principio constitucional del Derecho a la Igualdad.

- Reconocer que frente a una **Antinomia Jurídica o Legal**, se debe aplicar las reglas o principios que deben de ser aplicados para resolver dicha contradicción. La “Lex superior”.

1.7. Objetivos

1.7.1 Objetivo General

Reconocer la eficacia del *ius connubii* e importancia del Matrimonio Igualitario para lograr una reforma del Art. 234° de nuestro Código Civil.

Analizar la eficacia e importancia del Derecho de la Orientación Sexual e Identidad de Género como precedentes importantes para el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo.

1.7.2 Objetivos Específicos

- ✓ Demostrar que el reconocimiento a un Matrimonio Igualitario resulta eficaz para lograr la reforma del Art. 234° del Código Civil.
- ✓ Demostrar que el Derecho de la Orientación Sexual constituye precedente importante para el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo, respetándose el derecho a la Igualdad de todas las personas.
- ✓ Demostrar que la Identidad de Género constituye precedente importante para el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo, respetándose el derecho a la Igualdad de todas las persona.
- ✓ Desarrollar la Naturaleza Jurídica del Matrimonio y la aplicación del *ius connubii*.
- ✓ Procurar medidas alternativas de reforma legislativa.

1.8 Definición de Términos

1.8.1. Principio de Igualdad

El **principio de igualdad** ante la ley es el que establece que todos los hombres y mujeres son iguales ante la ley, sin que existan privilegios ni prerrogativas de sangre o títulos nobiliarios. Es un **principio** esencial de la democracia.

En el ámbito constitucional el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. **La primera** de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que **la segunda** implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable Hernández Martínez, María. «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (como valor y como principio en la aplicación jurisdiccional de la ley)». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.º 81, Año XXVII, Nueva Serie, setiembre-diciembre, 1994. pp. 700-701).

1.8.2. Igualdad de Género

Igualdad de género. Según la Unesco, es “la igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades de mujeres y hombres, y niñas y niños. La igualdad no significa que las mujeres y los hombres sean lo mismo, sino que los derechos, responsabilidades y oportunidades no dependen del sexo con el que nacieron.

¿Cómo se han pronunciado el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en casos sobre discriminación de género?

¿Qué otras de sus resoluciones marcaron precedentes para garantizar la igualdad en la sociedad? Fuente La Ley.pe reúne cinco jurisprudencias al respecto en el marco del Día Internacional de la Mujer y son:

1. Conviviente del hijo no es poseedora precaria

El derecho de uso y habitación sobre una casa que una persona otorgue a sus hijos es extensible a la familia que estos hayan formado bajo ese mismo techo. Por tanto, no es posible declarar a la conviviente como una poseedora precaria ni tampoco proceder con su desalojo del inmueble.

Este fue el criterio tomado por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema a través de la Casación N° 1784-2012-Ica al rechazar la demanda interpuesta por una persona que pretendía que la pareja de su hijo desocupe su inmueble. Pese a su intento, la máxima instancia señaló que una decisión favorable atentaría el principio de protección a la unidad familiar que prevé la Constitución, pues la mujer no solo convivía con su pareja sino también con los hijos de ambos.

2. Tenencia de menores no siempre corresponde a la madre

En un proceso por la tenencia no acordada de un menor, se deberá salvaguardar el interés superior del niño antes que privilegiar el tiempo de convivencia o el sexo del progenitor. Para ello, se analizará la situación del caso en concreto y cómo esta favorece al niño a partir de medios probatorios existentes.

En este sentido se pronunció la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema mediante la Casación N° 1961-2012-Lima, que declaró infundado el recurso que interpuso la madre de dos niños en contra de la resolución que favorecía al padre con la tenencia y custodia. La Sala concluyó que existían las pruebas suficientes para denegar la solicitud a la madre, pues padecía de un trastorno bipolar que afectaba su estado de ánimo de manera perjudicial para el entorno de los hijos.

3. Embarazo de estudiante no justifica su expulsión del centro educativo

El que una mujer decida tener un bebé es una situación protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el inciso 1 artículo 1 de la Constitución. Este derecho no puede ser afectado por injerencia de un tercero, incluyendo una autoridad pública. Y, en conclusión, cualquier medida impuesta que pretenda impedir el ejercicio del mencionado derecho debe ser declarada inconstitucional. Además, en ese marco, el embarazo de una estudiante no debe restringir su derecho a la educación.

Así se expresó el Tribunal Constitucional en su **EXP. N.º 05527-2008-PHC/TC** al solucionar el caso de una alumna de la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo que fue internada en un centro hospitalario por un tiempo que excedía su voluntad luego de que la institución conociera de su estado de gestación. Esto, mientras las autoridades de la Escuela procedían con separar a la joven cadete de la institución.

El Colegiado, recordando además que, en la Ley N° 28338, de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú no se contempla el embarazo como causal de separación de alumnas de las Escuelas de Formación, fijó un plazo de tres días para que la institución reincorpore a la cadete, validando así su acción de amparo por discriminación de género.

4. No hay indemnización si separación de hecho fue por mutuo acuerdo

En caso de divorcio por separación de hecho es posible que el juez no determine el pago de una indemnización por daños cuando la pareja en cuestión decidió la ruptura y distanciamiento por mutuo acuerdo. En esta situación, no corresponderá aplicar el artículo 345-A del Código Civil, descartándose así que una separación siempre deba perjudicar a uno de los cónyuges.

A esta conclusión llegó el Segundo Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Lima, declarando fundada una demanda de divorcio que tenía como causal la separación de las partes. De esta manera, quedó además rechazada la solicitud de indemnización que presentó la exesposa.

5. Contrato vencido no puede servir de excusa para despedir a trabajadora embarazada

“La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e

inequívoca”. Por tanto, al ser el embarazo una condición exclusiva de las mujeres, la terminación de una relación laboral –aunque se trate de la no renovación de contrato vencido– de una mujer en gestación constituye discriminación por razón de sexo.

Este fue uno de los fundamentos presentados por el Tribunal Constitucional el 2008 a través del EXP. N. ° 05652-2007-PA/TC, para resolver la demanda de amparo interpuesta por una mujer que, en estado de embarazo, fue despedida por su empleador. En este caso, el TC concluyó que la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana (SBLM), que empleó a la trabajadora durante tres años, había cometido un acto discriminatorio pues no se halló otro tipo de justificación para el despido, ya sea por conducta o capacidad.

1.8.3. Orientación Sexual

La orientación sexual está relacionada con las personas que nos atraen y con las que deseamos tener una relación de pareja. Las más comunes son gay, lesbiana, heterosexual y bisexual.

Es diferente de la identidad de género. La identidad de género no se relaciona con quién te atrae, sino con quién ERES: hombre, mujer, intergénero, etcétera.

Esto significa que ser transgénero (sentir que tu sexo asignado es muy diferente del género con el que te identificas) no es lo mismo que ser gay, lesbiana o bisexual. La orientación sexual tiene que ver con quién quieres estar, mientras que la identidad de género se relaciona con quién eres.

Hay varios tipos de identidad relacionados con la orientación sexual:

- Las personas que se sienten atraídas a un género diferente (por ejemplo, mujeres que se sienten atraídas por hombres, y hombres que se sienten atraídos por mujeres) por lo general se consideran “heterosexuales”.
- Las personas que sienten atracción por personas del mismo género se suelen considerar “homosexuales” o “gais”. Las mujeres gay prefieren el término “lesbiana”.
- Las personas que sienten atracción tanto por hombres como por mujeres se suelen autodenominar “bisexuales”.
- Las personas que sienten atracción por diferentes posibilidades de identidad de género (hombre, mujer, transgénero, intergénero, intersexual, entre otras) pueden autodenominarse “panasexuales” o queer (“cuir”, según una adaptación al español).
- Las personas que no están seguras de su orientación sexual pueden decir que están “en duda” o que son “curiosas”.
- Las personas que no sienten ningún tipo de atracción sexual por nadie suelen llamarse “asexuales” a sí mismas.

1.8.4. IUS CONNUBII

Ius connubii y matrimonio igualitario en el sistema internacional de derechos humanos.

El ius connubii está siendo objeto de debate en distintas latitudes del planeta, entendemos necesario hacer un estudio sobre la evolución de este derecho en la praxis

estatal e internacional tiene un marcado carácter hermenéutico del que no escapan los legisladores nacionales y que, atendiendo a su evolución, cada vez más, se consolida el **principio de no discriminación por orientación sexual** en los ordenamientos jurídicos nacionales. Piénsese, por ejemplo, en el que hecho de que al día de hoy son varios los países que han introducido en sus constituciones las prohibiciones por orientación sexual: Bolivia (2009) , Colombia (2000), Ecuador (2008) , Kosovo (2008), Portugal (2004), Suecia (2003), Suiza (2000) y Sudáfrica (1994), así como algunos territorios federados (en Argentina, Brasil, Alemania) o asociados (Islas Vírgenes Británicas)

El ius connubii se construye sobre un principio jurídico clave para el orden social que, a la vez, es reconocido universalmente como un derecho fundamental: el derecho a **contraer matrimonio y fundar una familia**. Derecho que, en principio, implica la posibilidad de todo individuo de contraer matrimonio de **manera libre** con otra personas que desee, dentro de los límites marcados por la ley; límites que, en la práctica, no se presentan, como veremos, de forma homogénea y estática, sino que manifiestan rasgos diversos y heterogéneos atendiendo a factores culturales, sociales y políticos.

Más allá de la praxis estatal conviene señalar que el ius connubii está amparado tanto por la protección que dispensan los textos internacionales de derechos humanos (artículo 23.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), como por aquellos que lo son de carácter regional (Convenio para la Protección de los Derecho Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre de 1950, Convención Americana sobre Derechos humanos- Pacto de San José de 1969)

Ordenamientos jurídicos europeos, donde la concepción de matrimonio como “unión entre varón y mujer” apareció en el Código Civil francés de 1804 (Código de Napoleón), el que, a su vez, pasaría a otros cuerpos jurídicos europeos que lo tomaron como modelo. Era tan evidente en aquella época que para que existiera “matrimonio” debía haber una relación o unión “entre hombre y mujer”, que los Códigos Civiles no exigían expresamente que los contrayentes tuvieran sexo distinto, ya que se daba por entendido (Calvo-Caravaca & Carracosa, 2005, p. 21).

Las sociedades han ido evolucionado. Aun “...inciden convicciones personales fundadas en posiciones filosóficas y aún en principios religiosos”.⁸ Es evidente que poco a poco, poblaciones históricamente excluidas del disfrute del ius connubii –como ha sido el caso del colectivo LGBT–, de una forma u otra han ido disfrutando (si bien parcialmente) de derechos relacionados con la vida íntima y familiar, hasta llegar, en época recientes, al matrimonio. Proceso este, que aun siendo imparable, no es irreversible ni deja de ser controvertido, ya que, en la actualidad, el debate sobre la legalidad y el alcance del matrimonio igualitario han tomado protagonismo en la agenda política de gobierno y en la dinámica jurídica de tribunales nacionales e internacionales. Sirva como ejemplo, sin ir más lejos, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional español (2012), en la que se avala el término “matrimonio” para todos los individuos con independencia de su sexo y orientación sexual.

“El sexo (femenino o masculino) asignado a la persona desde su nacimiento, es uno de aquellos rasgos distintivos de carácter objetivo (como lo es la “herencia genética”: STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 21),

⁸ **BELLUSCIO, Augusto C.** Los transexuales y el matrimonio. *Revista Derecho de Familia* N° 37 Ed. Lexis Nexis Año 2007.

viniendo tal característica de una realidad biológica indisponible, necesaria para que la persona pueda ser individualizada como corresponde a su derecho a la identidad y al correlativo deber de respetar los derechos e intereses de terceros. Asimismo, tal realidad genética resulta determinante para las distintas consecuencias que se derivan de la condición de mujer y de hombre en el ordenamiento jurídico (por ejemplo, en lo que respecta al derecho o capacidad para contraer matrimonio o ius connubii)”

“Esta doctrina de la indisponibilidad del sexo como elemento de identidad en el registro de estado civil, ya se encuentra en lo resuelto por este Tribunal en la STC 2273-2005-PHC/TC, donde se autorizó el cambio de prenombre del recurrente (de masculino a femenino), pero manteniéndose "la intangibilidad de los demás elementos identitarios (llámese edad, sexo o lugar de nacimiento) " (punto 2 resolutivo; énfasis añadido). Coherente con ello, la LORENIEC no prevé el cambio de sexo, pero sí contempla la inscripción de los cambios o adiciones de nombre cfr. artículo 44, inciso "m", de la LORENIEC). [EXP. N.O 00139-2013-PA/TC SAN MARTIN P. E, M, M, Representado(a) por RAFAEL ALONSO YNGA ZEV ALLOS]

1.9. Método

1.9.1 Diseño e Investigación

Tipo de Investigación : Básica – Aplicada.

Tipo de Estudio : Jurídico – Descriptivo

Método de Investigación : Método exegético, sistemático y Sociológico.

1.9.1 Variables, Operacionalización

VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES	SUB INDICADORES	INDICES
Matrimonio Igualitario	Naturaleza Jurídica del Matrimonio.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Respeto de su Dignidad. ▪ Respeto a su Identidad ▪ Respeto a la Igualdad ante la Ley. ▪ Derecho a no ser discriminado por motivo de sexo o de cualquier otra índole. ▪ El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles. 	Derecho que tiene toda persona a gozar de los derechos civiles.
			Derecho a la Igualdad.
	Matrimonio como contrato.	Ius connubii.	Derecho de elección del cónyuge .
		Lex superior.	Igualdad Jurídica.
			Derecho a que el matrimonio sea reconocido, protegido y conservado por el ordenamiento jurídico.

VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES	SUB INDICADORES	INDICES
➤ Derecho de la Orientación Sexual. ➤ Derecho de la Identidad de Género.	➤ Derecho a la igualdad. ➤ Derecho a su propia identidad.	Normatividad vigente. Art. 234° C.C.	Derecho Europeo
			Código Civil.
			Expedientes Tramitados.
	➤ Derecho a la no discriminación.	Reforma Legal.	Proyectos Legislativos.

1.9.2. Operación y Muestra.

1.9.2.1 POBLACION: Casos Ventilados sobre Matrimonio Igualitario o Derecho de su identidad.

a) Ámbito geográfico.

Distrito Judicial de Ancash - Lima.

b) Periodo de Análisis.

Periodo 2015 - 2017.

1.9.2.2.- MUESTRA:

CUALITATIVA.-Caso **Ugarteche** podría permitir el reconocimiento de la legalidad de una unión homosexual (Matrimonio Igualitario)

- ❖ EXP.: 22863-2012-0-1801-JR-CI-08
- ❖ MATERIA: ACCIÓN DE AMPARO
- ❖ ESPECIALISTA: MUÑOZ CARRANZA, MAURILA
- ❖ DEMANDADO: RENIEC
- ❖ DEMANDANTE: UGARTECHE GALARZA, ÓSCAR

1.9.3. MATERIALES, TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

1. 9.3.1- TECNICAS DE RECOLECCION DE DATOS:

- FICHAJE:

- Utilizaremos **las bibliográficas** (Libro: por autor, por tema; Artículo periodístico y Artículo de reseña de libro).
- Fuentes documentales utilizaremos indistintamente las **documentales** (textuales, resumen, síntesis).
- Fichas de trabajo de campo para registrar las observaciones y vaciar los datos de las entrevistas.

- **OBSERVACION:**

Observación directa.

- **ENTREVISTA:**

El tema es conocido por especialistas y personas involucradas con el problema y obtener información es a través de un dialogo estructurado.

- **ENCUESTA:**

Se recogerá información dispersa por medio de una encuesta y cuyos datos van hacer cuantificados.

1.9.3.2- INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS:

- La ficha: Bibliográficas y de Investigación.
- La observación del investigador.
- Guía de entrevista: a través de preguntas del entrevistador.
- Cuestionario.

1.9.3.3- TECNICAS DE PROCESAMIENTO DE DATOS:

- **Crítica.-** Verificar si el dato tiene deficiencia en la toma de datos, de tal manera que pueda rectificarse los datos mal tomados.
- **Discriminación de datos.-** Consiste en separar los datos confiables y separar los datos que no los son, y que a nuestro juicio resultan útiles para nuestra investigación.
- **Tabulación de datos.-** Consiste en asignarle un código a cada dato, al cual, va a corresponder a la estructura del esquema de investigación.

1.9.4. MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS.

- 1.9.4.1.-TRABAJO DE CAMPO.-** Consistirá en la aplicación de la guía de observación, guía de

entrevista y la encuesta conforme al cuestionario, de igual forma se recogerá en fichas información documental.

1.9.4.2.- TRABAJO DE GABINETE.- Los resultados obtenidos por medio de la observación y la entrevista serán vaciados en fichas de investigación, también se va a procesar el resultado del cuestionario y la encuesta, de igual forma, los libros, revistas, artículos de comentario y periódicos que tengan relación con el tema investigado serán fichados, ya sean fichas textuales, resumen y de síntesis.

1.9.5. ANALISIS ESTADISTICOS DE LOS DATOS.

En esta parte nos referimos únicamente a la encuesta:

- Primero se va a diseñar un cuestionario, utilizando las técnicas de elaboración de preguntas del cuestionario.
- Luego, para diseñar encuesta, manuales y guías de encuesta.
- Posteriormente, hay que aplicar la encuesta, sobre la muestra seleccionada.
- En seguida hay que criticar y discriminar los datos obtenidos, aquí veremos las encuesta correctamente realizadas de las que no la fueron, luego de ellos quedarnos sólo con las confiables.
- Finalmente, la tabulación de datos, consiste en vaciar los datos de los cuadros de frecuencia y luego viene el procesamiento, análisis y elaboración de gráficos, cuadros y se puede hallar tendencias y frecuencias, variaciones, dispersión, media aritmética, modo y todo aquello que permita corroborar lo obtenido por las otras técnicas a fin de probar la hipótesis.

CAPÍTULO II

EL MATRIMONIO Y SU NATURALEZA JURIDICA

2.1 Antecedentes Históricos.

El matrimonio es una institución regulada por el Código Civil pero que está bajo el título de Derecho de Familia pues, una vez celebrado el matrimonio, que es la unión voluntaria de un hombre y una mujer aptos para ella y que se obligan a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores, conforme señalan los artículos 234 y 235 del Código Civil, los contrayentes no podrán apartarse de los efectos de la institución porque el matrimonio está regido por un conjunto de normas jurídicas que establecen derechos y deberes entre los cónyuges y relaciones internas y externas de la sociedad conyugal, como son parentesco, patria potestad, alimentos, derechos sucesorios.

En el Derecho Prehispánico, el matrimonio incaico estaba basado en la reciprocidad pues se buscaba tener parentela porque el que tenía hijos y familia era considerado rico porque tenía quien lo ayude con el trabajo, en tanto que aquél que no tenía parentela, era considerado pobre, en palabras de Inca Garcilaso de la Vega.

Con la conquista del Imperio Incaico, los matrimonios entre españoles y los conquistados se dio con mucha facilidad. Al comienzo como concubinatos terminando la mayoría de las veces en legítimos matrimonios.

El conquistador español, Francisco Pizarro, contrajo matrimonio con Mama Quispe Cusi o Inés Huaylas Ñusta, hija del Inca Huayna Cápac pero para poder contraer matrimonio estos representantes de dos culturas (la incaica y la española), tuvo Mama Quispe Cusi que ser bautizada y dársele un nombre cristiano al casarse con un español y ello porque el matrimonio

era considerado para la Iglesia como de su jurisdicción y atributo.

Durante el Virreinato, el matrimonio se basa en la fórmula del Concilio de Trento por lo que éste – el matrimonio – se celebra delante del párroco quien pregunta a los futuros cónyuges si se aceptan o no por esposos siguiendo a este acto la bendición nupcial. Los párrocos no podían casar a personas de otra parroquia sin permiso expreso no pudiendo los desposados habitar una misma casa hasta no recibir la bendición.

En la República, el Código Civil de Santa Cruz de 1836 se basa en las formalidades adoptadas por el Concilio de Trento para la celebración del matrimonio, así como las que la Iglesia desee designar, disolviéndose el matrimonio sólo por la muerte de uno de los cónyuges, al igual que en el Virreinato, dejando de lado, sin embargo, el matrimonio laico y el divorcio que sí lo adoptó el Código Francés o Napoleónico, fuente de inspiración del Código de Santa Cruz.

Posteriormente, el Código Civil de 1852, vigente hasta el 14 de noviembre de 1936, señala que el matrimonio debe celebrarse de acuerdo a lo establecido por el Concilio de Trento siendo éste indisoluble, donde sólo cabe la separación de cuerpos mas no el divorcio y siendo, además, competentes los Tribunales Eclesiásticos quienes conocerán de los elementos y efectos civiles del matrimonio. Quien no reconocía estos principios, estaba imposibilitado de casarse en el Perú.

El 23 de diciembre de 1897 el entonces Presidente de la República, Nicolás de Piérola, promulga una ley, que era copia de la ley española de 1870, la cual permitía el matrimonio de los no católicos solucionándose, de esta manera, el delicado problema que se creaba para la población extranjera y de

distintos cultos o credos quienes estaban imposibilitados de contraer matrimonio en el Perú por ser válido solamente el matrimonio católico.

En el año 1918, el Senado aprueba un proyecto de ley en favor del divorcio y del matrimonio civil y se dicta la ley del 9 de noviembre de 1920 objetada por el Presidente Augusto B. Leguía diez días después. La Iglesia mostró cierta sumisión durante el Oncenio de Leguía por lo que, en una suerte de venganza por parte del movimiento que derrocó a Leguía, se promulga en Octubre de 1930 el Decreto Ley 6889, reglamentada después por el Decreto Ley 7282 del 22 de agosto de 1931, en donde rige, como único matrimonio válido, el civil, el divorcio absoluto y la separación de cuerpos.

La Iglesia, casi 400 años después, fue vencida por el movimiento de laicalización.

El Código Civil de 1936 se inspiró en el movimiento de laicalización y mantiene inalterables las disposiciones sobre matrimonio civil obligatorio y divorcio aunque hacía distinción entre hijos legítimos, ilegítimos, legitimados y alimentistas, aspecto éste que la Constitución de 1979 se encargó de dejar sin efecto al reconocer que todos los hijos tienen los mismos derechos.

48 años después del Código Civil de 1936, el Código Civil de 1984, el cual nos rige, mantiene la línea del matrimonio civil y del divorcio no haciendo distinción entre los hijos (sólo habla de matrimoniales y extramatrimoniales y ambos con iguales derechos), reconociendo las uniones de hecho estableciéndole obligaciones y derechos cual si fuera un matrimonio contraído ante el funcionario designado para tal efecto.

También reconoce como causas de separación de cuerpos, entre otras, la homosexualidad sobreviniente al matrimonio (inciso 9 del artículo 333) en donde hoy, 25 años después de nuestro Código Civil de 1984, encontramos vientres en alquiler, clonaciones y matrimonios entre personas del mismo sexo en Bélgica, España, Canadá, Suecia, Distrito Federal de México y diversos Estados de los Estados Unidos de Norteamérica pudiendo estas parejas, inclusive, adoptar niños.

El primer matrimonio en América Latina entre personas del mismo sexo tuvo lugar en la **ciudad de Ushuaia**, al sur de Argentina, el 28 de diciembre del 2009. Este tipo de uniones que se vienen dando, aunque contadas con los dedos en pocos países latinoamericanos, han encontrado fuerte resistencia por parte de la Iglesia y también por algunos legisladores.

Entre las formas de matrimonio, ya se reconocen los matrimonios heterosexuales, homosexuales (del mismo sexo), bisexuales y mezclados. Una de las formas del matrimonio mezclado, o bien de las personas de la orientación sexual distinta, es *matrimonio lavanda* (en inglés *lavender marriage*), que es matrimonio entre persona heterosexual con una persona homo- o bisexual para ocultar el hecho de que, por el ostracismo social, religioso o familiar, o por la razón de presión social por la parte de la sociedad, religión o familia.

El matrimonio entre personas del mismo sexo reconoce legal o socialmente un matrimonio formado por contrayentes del mismo sexo biológico o identidad de género.

Las primeras leyes de la época actual en reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo fueron aprobadas durante la **primera década del siglo XXI**.

Al 31 de octubre de 2017, veinte países (Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá, Colombia, Dinamarca, Espa

ña, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Sudáfrica, Suecia, Uruguay) y varias jurisdicciones sub nacionales de México y el Reino Unido (Inglaterra, Gales y Escocia), permiten casarse a las parejas del mismo sexo. Sin embargo, siguen existiendo países en los que el matrimonio homosexual es ilegal, así como aquellos que penalizan las solas relaciones entre personas del mismo género considerándolas criminales.

2.2 Etimología y Teorías que explican su naturaleza jurídica.

2.2.1. Etimología de Matrimonio.

El origen etimológico de la palabra *matrimonio* como denominación de la institución bajo ese nombre no es claro. Se suele derivar de la expresión "***matris munium***" proveniente de dos palabras del latín: la primera "*matris*", que significa "madre" y, la segunda, "*munium*", "gravamen o cuidado", viniendo a significar "cuidado de la madre por el marido/padre", en tanto se consideraba que la madre era la que contribuía más a la formación y crianza de los hijos.

Otra posible derivación provendría de "*matreum muniens*", significando la idea de defensa y protección de la madre, implicando la obligación del hombre hacia la madre de sus hijos.

Para una comprensión más amplia de la expresión "matrimonio" en su aspecto etimológico en muchas de las lenguas romances se debe tener en cuenta el concepto del contrato de matrimonio considerado por el Derecho Romano, que tiene su fundamento en la idea de que la posibilidad de ser madre, que la naturaleza da a la mujer núbil, la llevase a procrear una familia.

Una lectura más neutra -por su fidelidad a la pura etimología de los dos términos que componen la palabra- se deriva del significado originario del segundo término "monium", que se encuentra también en patri-monium y merci-monium, y que alude a "agente" o "acción"): según tales fuentes, el concepto de matrimonio remitiría a una acción no mejor definida por parte de la mujer y que pareciera remontarse genéricamente al rol preeminente (activo o de conducción) de la mujer en las sociedades matriarcales.

2.2.2. Teorías.

a. Noción.

Para poder comprender el matrimonio desde el punto de vista jurídico, debemos analizarlo desde varios ángulos. Primero conviene determinar su naturaleza jurídica. El matrimonio crea un estado de vida que origina deberes, derechos y obligaciones. Enseguida conocer los fines del matrimonio, que se derivan de su naturaleza jurídica.

En relación al problema de la naturaleza jurídica del matrimonio entendemos que se refiere al acto de su constitución, y también al estado matrimonial que se genera.

En relación a la naturaleza jurídica del matrimonio veremos a continuación los distintos puntos de vista: como institución, como acto jurídico condición, como acto jurídico mixto, como contrato ordinario, como contrato de adhesión, como estado jurídico y como acto de poder estatal.

Es un acto jurídico bilateral constituido por la manifestación de la voluntad de los contrayentes, para contraer matrimonio e integrado por la actuación del oficial público encargado del Registro Civil o la autoridad competente para celebrar el matrimonio.

En la noción tradicional el matrimonio es considerado un acto jurídico “matrimonial” y no un contrato y sirve también como un control de legalidad establecido por el Estado.

b. Punto de Vista de lo que se entiende por Matrimonio.

b.1. COMO INSTITUCION El matrimonio como institución significa el conjunto de normas que rigen un matrimonio. Una institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad.

El matrimonio constituye una verdadera institución por cuando los diferentes preceptos que regulan tanto el acto de su celebración, al establecer elementos esenciales y de validez, como los que fijan los derechos y obligaciones de los consortes, persiguen la misma finalidad al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas⁹

Según Hauriou, Institución es “una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes, dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos”

b.2. COMO ACTO JURIDICO CONDICION El matrimonio como acto jurídico condición, León Duguit ha precisado en distinguir el acto regla, el acto subjetivo y acto condición en su Tratado de Derecho Constitucional, define el último como el acto jurídico que tiene como objeto determinar la aplicación permanente de todo un estatuto de derecho a un individuo o a un conjunto de individuos, para crear situaciones jurídicas concretas que constituyen un verdadero estado, por cuanto no

⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Ed. Porrúa, S.A, México, 1984, pag.209.

se agotan por la realización de las mismas, sino que permiten su renovación continua.

La definición del matrimonio abarca todos los elementos que caracterizan el acto condición, ya que implica una manifestación plurilateral de voluntades (la de los contrayentes unida a la declaración que hace el oficial del Registro Civil) que tiene por objeto crear un estado permanente de vida entre los cónyuges para originar derechos y obligaciones recíprocos, así como relaciones permanentes que no se agotan por el cumplimiento de las mismas sino que se siguen renovando de manera indefinida.

b.3. COMO ACTO JURIDICO MIXTO El matrimonio es un acto jurídico mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes, sino también por la intervención que tiene el Oficial del Registro Civil. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo, pues podemos decir que si se omitiese en el acta respectiva hacer constar la declaración que debe hacer el citado funcionario, considerando unidos a los consortes en legítimo matrimonio, éste no existiría desde el punto de vista jurídico.

b.4. COMO CONTRATO ORDINARIO Se le ha considerado fundamentalmente como un contrato en el cual existen los elementos esenciales y de validez de dicho acto jurídico. Especialmente se invoca como razón el hecho de que los contrayentes deben de manifestar su consentimiento ante el oficial del registro civil para unirse en matrimonio. Por consiguiente, se considera que en este caso como en todos los contratos, es elemento esencial el acuerdo de las partes. Asimismo, se requiere que exista la capacidad necesaria en los contrayentes y que su voluntad no esté viciada. Es decir, se aplican al matrimonio todas la reglas relativas a los

elementos de validez que deben observarse en todo contrato consistente respectivamente en la capacidad, ausencia de vicios en la voluntad y licitud en el objeto motivo y fin del acto.

b.5. COMO CONTRATO DE ADHESION Como una modalidad en la tesis contractual, se ha sostenido que el matrimonio participa de las características generales de los contratos de adhesión, toda vez que los consortes no son libres para estipular derechos y obligación distintos de aquellos que imperativamente determina la ley. Situación semejante es la que se presenta en los contratos de adhesión, pues en ellos una parte simplemente tiene que aceptar en sus términos la oferta de la otra, sin la posibilidad de variar los términos de la misma. Respecto al matrimonio, no se puede sostener que prevalezca la voluntad de una de las partes sobre la de la otra, sino que es la voluntad del Estado expresada en la Ley la que se impone, de tal manera que ambos consortes simplemente se adhieren a la misma para aceptar en sus términos la regulación legal.

b.6. COMO ESTADO JURIDICO Desde este punto de vista, el matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión del oficial del registro civil, pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración. Los estados jurídicos se distinguen de los hechos y de los actos jurídicos, en virtud de que se producen situaciones jurídicas permanentes, permitiendo la aplicabilidad de todo un estatuto legal a situaciones determinadas que continúan renovándose en forma más o menos indefinidas. En este sentido, el matrimonio evidentemente constituye un estado jurídico ante los consortes, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias

constantes por aplicación del estatuto legal respectiva a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial.

b.7. COMO ACTO DE PODER ESTATAL Esta clasificación es en relación a considerar la solemnidad que la ley exige para la celebración del matrimonio, es decir, que se realice ante una determinada autoridad, siendo esta el Oficial del Registro Civil. Según la teoría de Cicu, explica que la voluntad de los contrayentes no es más que un requisito para el pronunciamiento que hace a la autoridad competente en el nombre del Estado, en todo caso es este pronunciamiento y no otra cosa, el que constituye el matrimonio. Así, estas consideraciones ponen en claro, la especial importancia que tiene el hecho de que la declaración de voluntad de los esposos deba ser dada al Oficial, y por él recogida personalmente en el momento que se declara para el pronunciamiento. Y que toda otra declaración o contrato realizado entre los esposos no tiene ningún valor jurídico.

c. Teorías sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, en el Sistema Legal Peruano.

La doctrina jurídica ha tratado de explicar esta antigua institución desde las siguientes perspectivas:

a) Tesis Contractualista: Posición que puede enfocarse desde tres perspectivas: la canónica, la civil y la del Derecho de Familia.

El enfoque canónico considera al matrimonio como un sacramento que se forma a través de un contrato matrimonial válido e indisoluble que permanece vigente mientras los esposos vivan en este mundo terrenal. Es la postura del Derecho Canónico que rige la Doctrina de la Iglesia Católica, sustentados en dogmas bíblicos como: “Creced y

multiplicaos”, “esto es carne de mi carne”, “lo que Dios unió no lo separe el hombre”, etc.

La perspectiva civil tradicional postula que el matrimonio participa de todos los elementos esenciales de los contratos, lo que determina que resulte aplicable la teoría de la nulidad de los contratos y de los vicios del consentimiento. LEHMANN dice que el matrimonio es una unión contractual entre marido y mujer jurídicamente reconocida y reglamentada, en orden a la comunidad de vida indivisa y duradera. Por su parte PLANIOL afirma que es un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre ellos una unión, que la ley sanciona y que ellos no pueden romper a voluntad. Este enfoque civil tradicional, postula que el matrimonio participa de todos los elementos esenciales de los contratos, lo que determina que resulte aplicable la teoría de la nulidad de los contratos y de los vicios de su consentimiento.

Finalmente, se postula que el matrimonio es un contrato, pero no un simple contrato, sino un acto de poder estatal o un acto jurídico complejo.

b) Tesis Institucionalista. Desde esta perspectiva, el matrimonio es entendido como el conjunto de normas, formalidades, deberes, obligaciones, derechos y relaciones a que deben someterse, sin posibilidad de negociar, quienes desean casarse. En efecto, el matrimonio propone fundar una familia, crear una comunidad plena de vida, concebir hijos, educarlos; es un elemento vital de la sociedad; es en fin, una institución”

c) Tesis Mixta. Se sostiene, de acuerdo con esta teoría, que el matrimonio es a la vez un contrato y una institución. En suma “mientras que el matrimonio como acto es un contrato, como estado es una institución”

2.2.3 El matrimonio. Concepto y sistemas matrimoniales, sistema vigente en el derecho español.

a. Concepto:

Nuestro gran Jurista Don **Manuel Albaladejo**, define el matrimonio como, *“la unión legal de un hombre y una mujer, que se encamina al establecimiento de una plena comunidad de vida y funda la familia”*.

A su buen entender mantiene que dicha figura, **no es una creación del Derecho**, aunque esté regulada por el mismo, sino una **institución natural**, recogida por la Ley, en cuanta pieza fundamental en la convivencia social, que es la que aquella regula. Así podemos advertir dos conceptos o ideas importantes en dicha aseveración:

1.- Un **principio natural**, como es la de unirse en pareja. A día de hoy ya sea entre hombre y mujer o uniones homosexuales, tal y como veremos más adelante.

2.- Dadas las circunstancias y la **complejidad de dicha institución**, derivando sus efectos no solo en el **ámbito matrimonial**, sino en el **familiar**, en el familiar amplio y respecto de terceros como social, ha sido necesario regular, jurídicamente el ámbito que todo ello conlleva.

En realidad, y basándonos en lo expuesto en el capítulo determinado a la Familia y el Derecho de Familia, el matrimonio deriva de ser un hecho que no solo afecta y produce consecuencias entre los que lo celebran, sino por derivar y constituir una institución social, y por ende importante catado en el ámbito y jurídico, constituyendo el basamento de una gran comunidad social, es decir, la familia supone cada uno de los eslabones que comprende la comunidad social.

Así el **artículo 39**, apartado primero de la **Constitución Española** proclama que los *poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia*; así podemos advertir que ya nuestra Carta Magna enmarca dicha figura como parte esencial en la organización política de un Estado.

b. Los sistemas matrimoniales.-

El matrimonio como institución personal y social, se ha visto a lo largo de los siglos, influenciada y subsumida en el ámbito religioso, habiendo sufrido, en los últimos tiempos una importante variación, primeramente la desvinculación respecto de cualquier doctrina, hasta llegar en la actualidad, a la variación de la condición sexual de los contrayentes, pasando por diversas condiciones y modificaciones de carácter legal.

Los sistemas matrimoniales, suponen o hacen referencia a los requisitos que los diversos ordenamientos jurídicos exigen para reconocer efectos jurídicos a un matrimonio, así podemos encontrar los siguientes

a) Matrimonio **exclusivamente religioso**; solo se considera matrimonio al celebrado conforme a las normas de una determinada religión.

b) **Sistema de matrimonio exclusivamente civil**; se da en aquellos casos en los que para el Estado sólo es matrimonio el celebrado conforme a las normas civiles estatales del país.

c) **Sistema de matrimonio religioso principal y subsidiario civil**; se aplica en los casos de países con religión oficial.

d) **Sistema de libre elección**; reconoce los mismos efectos al matrimonio religioso que y al civil, sistema que en Italia y Portugal.

e) **Sistema de libertad de forma**; basta el acuerdo de los contrayentes para reconocer la validez a su matrimonio; tiene escasa aplicación, únicamente en Escocia.

Mayoritariamente, el sistema matrimonial, se rige por el derecho determinado en cada país o nación regulado en el ámbito estatal o civil.

c. El matrimonio en el Derecho Español.-

En principio no vamos a entrar en la evolución sufrida por el derecho matrimonial a lo largo de los años, entendemos que lo más práctico para nuestros lectores es saber y conocer, el régimen matrimonial español, vigente en la actualidad, si bien para los más interesados, haremos una referencia en tal sentido al final de la presente exposición.

En tal sentido el matrimonio en su Carta Magna, **artículo 32** dispone que:

“1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.”

Nuestra **Constitución y el Código Civil**, hacen referencia o regulan el derecho matrimonial, trae a colación lo dispuesto en los **Acuerdos entre el Estado y Español y la Santa Sede** y que el **artículo 6** del Acuerdo sobre Asuntos jurídicos se estableciese: *“El Estado reconoce a los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas de derecho canónico. Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos*

será necesaria su inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio.”

LA ÚLTIMA GRAN REFORMA EN EL ÁMBITO MATRIMONIAL. EL MATRIMONIO EN LA LEY 13/2005, DE 1 DE JULIO.-

Han existido importantes reformas en el ámbito matrimonial y de familia.

Es en el año 1981 cuando se publican las dos leyes más trascendentes en esta materia del ámbito civil, de hecho a partir de tal momento se habla de un nuevo Derecho de familia. Así:

- En materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (**Ley 11/1981**).
- Procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (**Ley 30/1981**).
- La última gran reforma, es la que desarrolla la **Ley 13/2005**.

Dicha ley contempla en la de incorporar al concepto de matrimonio, las **personas del mismo sexo**, con capacidad legal para contraer, de manera idéntica a la que siempre han mantenido las de distinto sexo o heterosexuales, ello ha provocado la variación de ciertos artículos en el Código Civil Español, eliminando o añadiendo e incorporando terminología más acorde con las mismas.

Dicha norma en su exposición de motivos señala que; “**se permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se**

mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en un procedimiento de adopción".

Se basa o ampara el legislador, para proceder a dicha reforma en tres fundamentos:

1.- En los artículos **9, apartado segundo y 10 apartado primero de la Constitución** como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad.

2.- En la existencia de una conciencia social favorable a la extensión del derecho a contraer a personas del mismo sexo.

3.- La tendencia del Derecho comparado

2.2.4 MATRIMONIO IGUALITARIO: REACCIONES EN EL CONGRESO POR PROYECTO.

Las congresistas Indira Huilca y Marisa Glave (Frente Amplio) presentaron un proyecto de ley para regular el matrimonio entre personas del mismo sexo en el Perú. La iniciativa fue suscrita por otros parlamentarios de esa bancada, así como por Alberto de Belaunde (Peruanos por el Kambio)

De acuerdo a la propuesta legislativa, se busca la modificación del **artículo 234** del Código Civil, que actualmente establece el concepto de matrimonio como "la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella".

La nueva norma propone retirar los términos "varón" y "mujer" de dicho artículo para definir al matrimonio como la unión entre "dos personas legalmente aptas para ella". Asimismo, el

proyecto de ley también determina que "en ningún caso" se puede negar el reconocimiento legal de los matrimonios igualitarios celebrados en el extranjero.

—Reacciones desde el Congreso—

El congresista Carlos Tubino (Fuerza Popular) consideró que esta iniciativa legislativa "no tendrá futuro en el Congreso" y recordó que el proyecto sobre la unión civil no matrimonial fue archivado en la legislatura 2011-2016.

"El matrimonio heterosexual tiene un fin: la procreación. La unión entre homosexuales es una institución con un fin diferente y no se puede equiparar. Ellos piden tener los mismos derechos, pero se podría considerar la propuesta de unión solidaria en ese caso", agregó Tubino.

Por su parte, el parlamentario Carlos Bruce (peruanos por el Cambio) explicó que, si bien existe un proyecto de ley para crear la unión civil homosexual, esta nueva iniciativa legislativa sobre el matrimonio igualitario suma al debate sobre los derechos de las personas LGBT. Refirió: "Mi bancada ha consensuado un apoyo sobre la unión civil. Sin embargo, apoyo totalmente esta nueva propuesta. Creo que el matrimonio es la opción ideal para un reconocimiento pleno de los derechos de las parejas del mismo sexo".

2.2.2.1 Efectos Positivos:

En la actualidad, el debate sobre la legalidad y los alcances del matrimonio entre personas del mismo sexo es uno de los más agitados y dinámicos del mundo occidental. Resultando positivo toda vez da inicio al reconocimiento del Principio de Igualdad ante la Ley, permitiendo un análisis exhaustivo de Código Civil y de nuestra Constitución Política del Perú. Los opositores a la reforma del Código Civil opinan que la unión

de un hombre y de una mujer es la única definición de matrimonio (argumento semántico), en tanto que es la base para la procreación (argumento procreativo). Arguyen que esta definición ha existido por milenios (argumento tradicionalista) y corresponde a su esencia objetiva, distinguiéndola del resto de pactos de protección mutua con carácter indefinido. Alegan que alterar los fundamentos del matrimonio basándose en casos límites equivale a convertir la excepción (v.g., la esterilidad, aunque esto sería discutible en el caso de las lesbianas) a la regla; mientras que equiparar uniones heterosexuales y uniones homosexuales en cuanto a su fundamento sentimental y amoroso (subjetivo) permitiría luego extender la institucionalización estatal del matrimonio a cualquier otro tipo de relación de pareja (tal como ya se hizo con los matrimonios interraciales o interreligiosos). El límite, por tanto, se halla desde el punto de vista del argumento *iusnaturalista* liberal, en un **principio de Orden Natural**.

Los sectores que apoyan el matrimonio del mismo sexo, impugnan dichas críticas, al tiempo que sostienen que no existen razones suficientes que justifiquen privar de la protección que brindan el sistema jurídico o el aparato estatal, a los matrimonios entre personas del mismo sexo, sin incurrir en una forma de discriminación; esto es, la diferenciación injustificada. Estos rechazan el argumento semántico —por su circularidad o tautología—, el argumento procreativo —por su parcialidad, ya que las leyes que prohíben el matrimonio entre personas del mismo sexo no prohíben el matrimonio entre ancianos o personas estériles— y el argumento tradicionalista —por su desconexión con los principios sociales y éticos admitidos—, e indican que la reforma sobre el matrimonio para incluir los derechos de los homosexuales es una cuestión de igualdad ante la ley. El filósofo Javier

Ugarte sostiene que la única tradición que sostiene actualmente la discriminación es la religiosa, puesto que todas las ideologías políticas parten del **principio de igualdad ante la ley**; además, impedir el acceso al matrimonio de cualquier persona supone abrir una brecha entre los derechos que posee como nacional de un estado (que son todos) y sus derechos ciudadanos (que en ese caso se verían reducidos). Posiblemente por esa distorsión, una considerable parte de la sociedad occidental opina que es necesario que se permita casar a los gais y lesbianas, de modo que tengan los mismos derechos que las parejas heterosexuales. La idea de que el matrimonio entre personas del mismo sexo es un privilegio al tratarse de realidades diferentes es refutada por los que argumentan que en derecho la simple diferencia no es válida sino se demuestra que esta es relevante para ameritar un trato jurídico diferente. Ya que todos somos iguales o diferentes a los demás, en alguna dimensión.

Generalmente, el matrimonio otorga muchos derechos que las parejas de hecho no reciben, incluso cuando esta institución de las parejas de hecho figura regulada por el ordenamiento jurídico positivo. Según los países, esta diferencia de derechos abarca materias tales como inmigración, seguridad social, impuestos, herencia, y la adopción de niños. Además, separar a las parejas en dos tipos de instituciones (una para las uniones de distinto sexo — matrimonio— y otra para las uniones del mismo sexo — parejas de hecho—) se considera, por quienes defienden la institución del matrimonio entre personas del mismo sexo, discriminatoria, ya que estiman que está en línea con el general rechazo que provocan las fórmulas «*separate but equal*», que en el pasado justificaron la segregación por razón de raza.

2.2.2.2. Efectos Negativos:

En 2016 la presunta noticia de que «**el Tribunal Europeo de Derechos Humanos** (TEDH) declaró por unanimidad que el matrimonio entre personas del mismo sexo no es un derecho» frecuentemente titulada *Tribunal de Derechos Humanos declara que no existe el derecho al matrimonio homosexual*, circuló por la red. La cita textual incluida en el título es falsa. Según los difusores de esta *fake new* el TEDH argumentó que en el artículo 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se estipula que el matrimonio es una unión conformada por un «hombre y una mujer», y que por tanto los países firmantes del convenio no tienen la obligación de abrir el matrimonio a las personas del mismo sexo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos jamás afirmó tales cosas. El TEDH «Declara que no ha habido violación del artículo 12, junto con el artículo 14 de la Convención» y «Declara que no ha habido violación del artículo 8 en relación con el artículo 14 de la Convención.» por lo que la anulación del matrimonio fue legítimo de acuerdo a la legislación francesa vigente en el momento del hecho. Jamás se pronuncia en cuanto a lo que debe ser un matrimonio.

A su vez, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos considera que el matrimonio es un derecho que asiste a todas las personas con independencia de su orientación sexual. **Diversas organizaciones de defensa de los derechos humanos trabajan para ver reconocido este derecho.** Este apoyo se basa en el argumento de la **igualdad ante la ley** de todos los ciudadanos, así como en los problemas de salud física y mental que puede acarrear a las parejas del mismo sexo la prohibición del acceso al matrimonio. Además el

reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo permite la normalización de las relaciones LGBT.

Quienes apoyan el matrimonio entre personas del mismo sexo atribuyen el rechazo a este a la homofobia, especialmente por parte de la Iglesia Católica y otros credos cristianos, o al heterosexismo, y establecen comparaciones entre las prohibiciones al matrimonio entre personas del mismo sexo y las antiguas prohibiciones al matrimonio interracial.

2.3 IUS CONNUBII de los contrayentes.

2.3.1. Nociones Generales.

El *ius connubii* es la capacidad jurídica para contraer el legítimo matrimonio romano, que era propio de los ciudadanos romanos y latinos veteris hasta antes de la constitución imperial de antonio caracalla del año 212 d. c.; año en el cual, en virtud de dicha constitución, se otorga la ciudadanía romana a todos los habitantes del imperio, incluidos los peregrinos y latinos junianos. Ya en tiempos de Justiniano, sólo los esclavos y bárbaros (que no habitan en el imperio) no gozaban del *ius connubii*.

2.3.2. Antecedentes Históricos.

a. Etimología de ius connubii.

El **ius connubii** es una expresión latina, derivada del Derecho romano, utilizada en Derecho para referirse al derecho que tienen las personas para contraer matrimonio válido. En la actualidad se considera un **derecho universal**, que depende básicamente del requisito de edad.

La Declaración Universal de Derechos Humanos señala que "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, **sin restricción alguna** por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia" La

capacidad de las personas para contraer matrimonio varía con cada ordenamiento jurídico. Habitualmente, **la normativa establece que las personas mayores de edad, pueden contraer matrimonio mediante la manifestación de su sola voluntad**, mientras que los menores de edad, generalmente mayores de 14 ó 15 años pueden contraerlo, previo consentimiento de sus padres, tutores legales o, incluso la justicia en subsidio.

b. Regulación como Derecho Humano.

El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, en el **artículo 23.2** dispone que "Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello."

La **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, recoge el *ius connubii* en su **artículo 17.2**, disponiendo que "Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención."

La **Convención Europea de Derechos Humanos** lo reconoce en su **artículo 12**: "A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho".

c. Antecedentes.

En un momento en el que la revisión de la concepción heteronormada del *ius connubii* está siendo objeto de debate en distintas latitudes del planeta, entendemos necesario hacer un estudio sobre la evolución de este derecho en la praxis

estatal e internacional tiene un marcado carácter hermenéutico del que no escapan los legisladores nacionales y que, atendiendo a su evolución, cada vez más, se consolida el principio de no discriminación por orientación sexual en los ordenamientos jurídicos nacionales. Piénsese, por ejemplo, en el hecho de que al día de hoy son varios los países que han introducido en sus constituciones las prohibiciones por orientación sexual: Bolivia (2009), Colombia (2000), Ecuador (2008), Kosovo (2008), Portugal (2004), Suecia (2003), Suiza (2000) y Sudáfrica (1994) entre otros, siendo si el *ius connubii* está siendo revisado de forma democrática para reconocer el principio de igualdad ante la Ley.

Más allá de la praxis estatal conviene señalar que el *ius connubii* está amparado tanto por la protección que dispensan los textos internacionales de derechos humanos (artículo 23.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), como por aquellos que lo son de carácter regional (Convenio para la Protección de los Derecho Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre de 1950, Convención Americana sobre Derechos humanos- Pacto de San José de 1969).

Las sociedades han ido evolucionado. Es evidente que poco a poco, poblaciones históricamente excluidas del disfrute del *ius connubii* –como ha sido el caso del colectivo LGBT–, de una forma u otra han ido disfrutando (si bien parcialmente) de derechos relacionados con la vida íntima y familiar, hasta llegar, en época recientes, al matrimonio. Proceso este, que aun siendo imparable, no es irreversible ni deja de ser controvertido, ya que, en la actualidad, el debate sobre la legalidad y el alcance del matrimonio igualitario han tomado protagonismo en la agencia política de gobierno y en la dinámica jurídica de tribunales naciones e internacionales. Sirva como ejemplo, sin ir más lejos, la reciente sentencia del

Tribunal Constitucional español (2012), en la que se avala el término **“matrimonio”** para todos los individuos con independencia de su sexo y orientación sexual.

La discriminación es toda distinción, exclusión, restricción, o preferencia basada en atributos de la persona que tiene por objeto o resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de derechos y libertades. En este orden de ideas, los tribunales internacionales y órganos de control entienden por discriminación por orientación sexual, identidad de género o expresión de género toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por estos motivos con el resultado -ya sea de jure o de facto- de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de sus derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social y culturalmente le han construido en torno a dichas categorías.

Debido a la ausencia de una regulación específica y taxativa de las categorías- la no discriminación por orientación sexual y la identidad de género se han subsumido, principalmente, en dos causales de discriminación en el ámbito del derecho internacional general, a saber: en el de discriminación por “sexo” y en la cláusula abierta, de “cualquier otra condición”.

2.3.3. El “ius connubii” como elemento de controversia constitucional.

El ius connubii, es un derecho de elección del cónyuge y el derecho a que el matrimonio sea reconocido, protegido y conservado por el ordenamiento jurídico. (BAÑARES). Aunque los primeros que se refirieron a éste tema fueron los romanos, éstos no lo concibieron como un derecho natural sino como un derecho al que podían acceder aquellos que

cumplieran determinados requisitos. Fue la Iglesia, la que desde sus inicios, lo considero como un derecho humano natural. Como lo señala GRAZIANO inspirado en ISIDORO DE SEVILLA como el Primer Principio dentro de la libertad de todos los hombres. Es por ello, se concibe como un derecho fundamental, basado en la naturaleza humana y se consagra en numerosas convenciones internacionales. Art. 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948. El art. 23.2 del Pacto Internacional de derechos civiles, políticos y sociales, así como el artículo 12 de la Convención Europea de los derechos del hombre de 1950. En España, el matrimonio como derecho se reconoce en el Art. 32.1 de la Constitución al establecer: **“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”**

En ese sentido, el **ius connubii** es un derecho de la persona.

CAPÍTULO III

RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY, PARA RECONOCER LAS UNIONES FAMILIARES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY.

3.1.1 Antecedentes.

La igualdad ante la ley constituye una segunda perspectiva que adopta la igualdad en el ámbito constitucional de los estados como en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

En el ámbito interno de los estados, una primera dimensión de la igualdad ante la ley tiene sus antecedentes en la declaración de la independencia de los Estados Unidos en 1776 y en la revolución francesa de 1789, siendo asumida luego por el constitucionalismo clásico y contemporáneo, por el cual se reconoce la igual naturaleza y atributos esenciales a todos los seres humanos.

Esta dimensión, en perspectiva histórica, lleva a eliminar la esclavitud como expresión del desconocimiento de la dignidad humana y la igualdad esencial de las personas.

A partir de estas fechas, el derecho a la igualdad, tanto en el ámbito jurídico como en los demás se fue desarrollando.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determinará en su **artículo 26**, que "**Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley.** A este respecto, **la ley prohibirá toda discriminación** y garantizará a todas las personas ***protección igual y efectiva*** contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo,

idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

La Constitución concibe la igualdad como un principio y un derecho. Como **principio**, implica un deber de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y, en especial, para el legislador cuando configura el derecho y fija las directrices necesarias para estructurar las políticas públicas porque es una regla de justicia elemental y se la proyecta para definir la forma de estado.

El **derecho** a la igualdad existe cuando una legislación lo contempla y lo protege. A lo largo de la historia se ha ido ampliando esta idea.

Desde una perspectiva histórica su génesis se remonta al acta de Independencia de los Estados Unidos de fecha 4 de julio de 1776, en donde se proclamó lo siguiente:

«Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres han sido creados iguales...»

«Ningún hombre o grupo de hombres tiene derecho, privilegio o ventajas exclusivas o separadas de la comunidad"

Asimismo, en el artículo 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano (Francia, 1789) se estableció que:

"Todos los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos; las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común"

Igualmente en el artículo 6 del citado texto se señaló que:

"La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de concurrir a su formación personalmente o por representantes. Ella debe ser la misma para todos, lo mismo cuando proteja como cuando castigue. Siendo todos los ciudadanos iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y

empleos públicos, según su capacidad, sin otra distinción que la de su virtud o la de su talento".

A tenor del contenido de las disposiciones antes glosadas y como bien refiere

El profesor FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO, en el pensamiento liberal de finales del siglo XVIII y a lo largo del siglo XIX, **el principio de igualdad se manifiesta básicamente como una paridad ante la ley.** Esto es, como una equiparidad sin acepción de las personas, en torno a los alcances normativos de un precepto legal.

La afirmación del principio de igualdad como referente coexistencial moderno fue apareja de la afirmación de la libertad. Su presencia destruyo todo vestigio de funcionamiento estamental de la sociedad; el cual había prevalecido durante todo el medievo europeo, que dividía jurídicamente a los hombres tercialmente en nobleza, clerecía y pueblo, ***más que apuntar a la eliminación de los privilegios de casta, aspiraba a la consagración principista del concepto de la generalidad de la norma*** dictada por la autoridad política, así como a la eficacia erga omnes de las disposiciones legales, a las que debían sujetarse todos los individuos sin distinción

3.1.2 Definición y Base Constitucional.

La **Igualdad ante la ley, Igualdad bajo la ley, Igualdad ante los ojos de la ley o Igualdad jurídica** es el principio que reconoce que todas las personas deben ser tratadas de la misma manera por la ley (principio de isonomía), y que estén sujetas a las mismas leyes de justicia (debido proceso), reconoce la equiparación igualitaria de todos los ciudadanos en derechos civiles y políticos, por lo tanto, la ley debe garantizar que ningún individuo o grupo de individuos sea privilegiado o discriminado por el estado sin distinción de raza,

sexo, orientación sexual, género, origen nacional, color, origen étnico, religión u otras características ya sean personales o colectivas sin parcialidad.

Este derecho se encuentra previsto en nuestra carta magna en el **inciso 2 del Artículo 2** de la Constitución vigente que a la letra dice. ***"Que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole"***

De manera concordante y con sujeción a lo establecido en la cuarta disposición final y transitoria de la constitución, el derecho objeto de comentario se encuentra contemplado en los **artículos 1, 2, 13 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. En nuestro país su regulación constitucional se inicia en la constitución de 1823.

3.1.3 La Igualdad en relación a la orientación sexual.

La orientación sexual es independiente del sexo biológico o de la identidad de género; se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, de su mismo género o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con personas. Es un concepto complejo cuyas formas cambian con el tiempo y difieren entre las diferentes culturas. Existen tres grandes tipologías de orientación sexual: **LA HETEROSEXUALIDAD** Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. **LA HOMOSEXUALIDAD** Hace referencia a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un

mismo género y a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Se utiliza generalmente el término lesbiana para referirse a la homosexualidad femenina y gay para referirse a la homosexualidad masculina. **LA BISEXUALIDAD** Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo o también de su mismo género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

Por consiguiente la Igualdad en relación a la orientación sexual, tiene su sustento en la Organización Mundial de la Salud, los denominados **derechos sexuales** incluyen el derecho de toda persona libre de restricciones, discriminación y violencia; a lograr el más alto nivel de salud en relación con la sexualidad, incluyendo acceso a servicios de salud, fundado en el Principio de Igualdad ante la Ley, erradicándose la discriminación de cualquier índole.

El derecho a la salud:

La salud, entendida como el libre desarrollo de la personalidad, sitúa a la reasignación quirúrgica de sexo dentro del derecho que tiene todo ser humano al libre desenvolvimiento de su personalidad. La doctrina es unánime al reconocer que la salud no se reduce sólo al aspecto físico del sujeto sino que ella abarca la salud psíquica, la misma que comprende la salud sexual ya que, como anotan Garutti y Macioce, “el bienestar psicofísico del individuo se vería turbado si no le fuese reconocida su real identidad sexual” (Garutti – Macioce, *Il diritto alla identità sessuale*, en *Rivista de Diritto Civile*, 1981-II-281.)

Un transexual, si nos atenemos a la amplia noción de salud, debería ser comprendido entre los sujetos carentes

de salud. El transexual, antes de su conversión legal al sexo “vivido”, que implica también un reconocimiento social de su identidad, no tiene estabilidad emocional ni equilibrio psíquico. Vive preso de una “angustia existencial” que lo priva de la paz y del sosiego, de la serenidad. Su vida transcurre en una constante pugna por lograr ser socialmente admitido en su verdadera identidad sexual, manifestada a través de la comunitaria proyección de su personalidad. El estado del transexual se puede definir como uno carente de aquello en que consiste la salud, entendida como bienestar integral.

De acuerdo con el actual desarrollo de la ciencia, se suele generalmente admitir que el síndrome del “transexual” no puede ser eficazmente superado mediante terapias hormonales ni tampoco con sesiones de psicoterapia, al menos en los transexuales adultos. Se reconoce que sólo a través de operaciones quirúrgicas se puede llegar a resultados satisfactorios, como se ha verificado en la mayoría de los casos sometidos a dicho tratamiento. La experiencia también demuestra que, en la mayoría de los casos, el transexual que ha sido sometido a una intervención quirúrgica, está capacitado para tener relaciones sexuales con una persona del sexo opuesto. Es decir con un sujeto del sexo al cual el transexual estaba originalmente adscripto de conformidad con el registro del estado civil.

Desde el **derecho a la salud**, se puede argumentar que el cambio de sexo y prenombre registral se justifica por cuanto no se trataría de una libre y arbitraria decisión del transexual, sino como una consecuencia de terapias hormonales y de intervenciones quirúrgicas dirigidas a secundar una tendencia natural, o para evitar efectos

negativos sobre la salud, como por ejemplo, una grave neurosis, o sobre el comportamiento de la persona.

Teniendo presente que, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, de 1946, declara que, “la salud es un estado de completo bienestar psíquico, mental y social, no consistiendo solamente en la ausencia de enfermedad”, y conforme al Art. 33 de la Constitución Nacional, la mutación sexual o reasignación quirúrgica de sexo y su correspondiente adaptación registral, no sólo no se contradice con el derecho a la salud, sino que encuentra en él uno de los basamentos más importantes, siendo su negativa un grave atentado contra tan importante derecho.

3.1.4 Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género.

a. La Igualdad ante la Ley.

El principio de igualdad quedo subsumido dentro del principio de legalidad.

La igualdad busca regular de manera uniforme, las situaciones similares; ergo consistente en la ausencia¹⁰ de discriminación, privilegio, favor o preferencia de unos seres humanos sobre otros seres humanos.

La noción de igualdad ante la ley se encuentra reñida con la discriminación.

La discriminación conlleva una consecuencia jurídica de distinción, preferencia, exclusión, restricción o separación,

¹⁰ Señala César Augusto Abelenda que “El vocablo “ausencia” tiene en el lenguaje jurídico un sentido técnico que difiere del ordinario o vulgar. En el sentido corriente o vulgar la palabra “ausencia” designa el hecho o la circunstancia de que alguien no está presente, en un momento dado, en un determinado lugar, donde debiera estar o donde su presencia es requerida. En el sentido técnico que se la da en las ciencias jurídicas designa, en cambio, no ya situaciones de simple no presencia, sino de ausencias calificadas por ciertas circunstancias especiales que configuran supuestos normativos a los cuales la ley atribuye, en cada caso, ciertas consecuencias jurídicas, aunque difieran entre sí. **Abelenda, Cesar Augusto. Derecho Civil, Parte General.** Tomo I, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires. 1980.

tendente a **menoscabar la dignidad humana**, o a impedir el pleno goce de los derechos fundamentales.

La discriminación conlleva un tratamiento injustificadamente diferente. Este desconocimiento de las prerrogativas naturales o la limitación o reducción de los mismos, se produce ya sea por obra del legislador o como consecuencia de una arbitraria interpretación, aplicación de la ley.

Es importante, que a raíz de censurables actos de discriminación en algunas discotecas y pubs limeños se dictó la **Ley N° 27049** publicada el 6 de enero de 1999, en donde se precisa que todos los consumidores tienen el derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial. Por ende, **no pueden ser objeto de discriminación por motivos de raza, sexo**, nivel socioeconómico, idioma, discapacidad preferencias políticas, creencias religiosas o de cualquier índole, en la adquisición de productos y prestación de servicios que se ofrecen en locales abiertos al público.

Asimismo, se establece que los proveedores no pueden establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público. Se consigna la prohibición de realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.

Igualmente es dable consignar que mediante la **Ley N° 287270** publicada el 29 de mayo del 2000, se establece la **figura delictiva de la discriminación**.

La desigualdad entre los seres humanos encuentra muchas veces su origen, en arraigados hábitos sociales o en la indolencia, desidia y falta de celo estatal.

Dichas causas vienen siendo combatidas a través de la figura jurídica de la discriminación promotora de la desigualdad.

Por ende, aun cuando pareciere contradictorio en el derecho constitucional se ha ido construyendo pacientemente una suerte de discriminación a la inversa, a efectos de conjurar diversas formas de relegamiento a la que han estado sometidos determinados grupos sociales. Para ello se impele al Estado a la adopción de una acción diligente, tendente a corregir dichas disparidades en el goce de los derechos fundamentales o alcanzar su integral realización personal acorde con sus aptitudes, méritos y aspiraciones.

Particular importancia ha alcanzado el aporte de la doctrina norteamericana relativa a la acción afirmativa. Este pretende vía la discriminación inversa, la creación de mecanismos de protección para sectores sociales objeto de desplazamiento en el goce de los derechos fundamentales.

Para tal efecto, ha ideado mecanismos tales como una legislación privilegiada o la asignación de cuotas o cupos benignos.

La doctrina de la acción afirmativa ha consignado particular importancia a los ámbitos comprendidos en los derechos de segunda generación (educación, trabajo, seguridad social, vivienda).

Las responsabilidades de la actuación del Estado en pro de la igualdad en la formulación e interpretación aplicación de la ley, demanda simultáneamente la remoción de los obstáculos de orden cultural, político, económico, etc, que restringen en la praxis la vigencia plena del principio de igualdad.

En la búsqueda de la afirmación simétrica de oportunidades o posibilidades de existencia digna para

todos los seres humanos, el Estado debe comprometerse a la promoción del acceso real a los derechos fundamentales.

En ese contexto, la acción afirmativa del Estado conlleva a la promoción de la discriminación inversa en pro de la igualdad, a favor de los sectores desplazados.

Mediante la discriminación inversa, un grupo social excluido es objeto de tuitividad estatal, vía una legislación especial y deferente.

Al respecto, es citable que en 1994 la acción afirmativa del Estado alcanzó un formal respaldo jurídico, a raíz del fallo de la Corte Suprema Norteamericana en el caso "Regents of University of California vs. Bakke".

Es dable señalar que en la Universidad Estatal de Davis en California, se estableció un proceso de admisión bajo dos supuestos distintos. En el primer caso, el proceso de selección era abierto para todos los interesados, exigiéndose un puntaje mínimo de 2.5 para el ingreso. En el segundo caso, dicho proceso estableció un cupo especial del dieciséis por ciento de vacantes a favor de postulantes negros, asiáticos y latinos, los cuales se encontraban exonerados de obtener el puntaje mínimo anteriormente consignado.

Un joven blanco de apellido Bakke no pudo obtener el puntaje mínimo para el acceso abierto para la Facultad de Medicina; empero varios postulantes negros con puntajes inferiores al demandante, obtuvieron vacante gracias al cupo benigno.

La Corte Suprema Norteamericana consideró que la universidad estaba constitucionalmente facultada para crear programas especiales de ingreso con cupo benigno, a favor de sectores sociales relegados.

Dicho fallo avaló la figura de la discriminación inversa y promotora de la igualdad, fundándose en las dos razones siguientes:

- a) Implicaba una acción afirmativa de corrección de prácticas discriminatorias asentadas sobre hábitos sociales afectantes para ciertos grupos sociales desplazados tácticamente.
- b) Implicaba una acción afirmativa para la construcción de una sociedad más justa e integrada.

La discriminación inversa promotora de igualdad conlleva a que un grupo acreditadamente excluido, pueda gozar de una protección especial, a efectos de conseguirse paulatinamente su cabal homologación con el resto de la población."

Dicha acción afirmativa por parte del Estado, genera como consecuencia lo siguiente:

- a) El grupo discriminado a través de la acción afirmativa, es dotado de mayores prerrogativas legislativas que el grupo discriminador.
- b) El otrora grupo discriminador es tratado legislativamente con menor preferencia que pretéritamente discriminado.

Para cierto sector de la doctrina española el artículo 9.2 de su Constitución permite la introducción de las llamadas discriminaciones inversas con cuotas o cupos benignos, en aras de promover una igualdad real de oportunidades o posibilidades. Dicho precepto textualmente señala que: "Corresponde a los poderes públicos promover condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos en que se integran, sean reales y efectivas"...

En el ámbito del ordenamiento jurídico nacional son citables los tres casos siguientes:

La **Ley N° 25202** de fecha 23 de febrero de 1990, dictada durante el gobierno del doctor Alan García Pérez, cuyo

nomen juris era la "Ley de la Bolsa de Trabajo", obligada a las empresas constructoras a contratar cuando fuere el caso a un veinticinco por ciento de operarios sindicalizados.

Dicha disposición tenía por objeto proteger a los trabajadores sindicalizados de los actos de discriminación ocupacional, por su sola razón de tales.

A pesar que dicha ley con cupo benigno fue declarada constitucional por el ex Tribunal de Garantías Constitucionales, durante el gobierno del ingeniero Alberto Fujimori Fujimori en su fase dictatorial, fue abrogada mediante el decreto **Ley N° 25588** de fecha 1 de Junio de 1992.

El artículo de la Ley N° 26959 cuyo nomen juris es Ley Orgánica de Elecciones contempla un cupo benigno de treinta por ciento de mujeres en la conformación de las listas de candidatos al Congreso de la República. Dicha regulación tiene por objeto promover mayores oportunidades de participación representativa de las mujeres

La Ley N° 27277 que establece que las universidades públicas deben reservar en los procesos de admisión y en los cursos de especialización técnica un número de vacantes adecuadas para los funcionarios, servidores públicos e hijos de éstas víctimas de terrorismo.

b. Orientación sexual.

La orientación sexual es una atracción emocional, romántica, sexual o afectiva duradera hacia otros. Se distingue fácilmente de otros componentes de la sexualidad que incluyen sexo biológico, identidad sexual (el sentido psicológico de ser hombre o mujer) y

el rol social del sexo (respeto de las normas culturales de conducta femenina y masculina).

José Eduardo Abadi¹¹ propone algunas respuestas tan interesantes como provocadoras: "Junto con esta apertura al disfrute, vivimos un aislamiento narcisista", responde Abadi, y agrega: "Detrás de la fiesta, estamos lejos de la fiesta". Sin embargo, la posibilidad de placer existe, y según Abadi, está tan cerca como dentro de nosotros mismos, en nuestra **identidad**¹², en nuestra propia "biografía". En ese camino, afirma, será "bienvenido el sexo sin amor", pero también podremos ser parte de otro tipo de encuentro sexual, más profundo, "ese lugar donde por momentos se disuelven las individualidades y se crea una especie de personaje único, mágico, y casi deshacemos la noción de tiempo".

La orientación sexual existe a lo largo del continuo que va desde la heterosexualidad exclusiva hasta la homosexualidad exclusiva e incluye diversas formas de bisexualidad. Las personas bisexuales pueden experimentar una atracción sexual, emocional y afectiva hacia personas de su mismo sexo y del sexo opuesto. A las personas con una orientación homosexual se las denomina a veces gay (tanto hombres como mujeres) o lesbianas (sólo a las mujeres).

La orientación sexual es diferente de la conducta sexual porque se refiere a los sentimientos y al concepto de uno mismo. Las personas pueden o no expresar su orientación sexual en sus conductas.

¹¹ **José Eduardo Abadi** es médico psiquiatra, psicoanalista, didáctico de la APA y profesor del Instituto de Psicoanálisis. Autor: El Sexo del nuevo siglo. 128 págs. Emprende un viaje fascinante y esclarecedor alrededor de los nuevos paradigmas de la sexualidad.

¹² **ABADI, José Eduardo**, Identidad sexual, Revista Derecho de Familia N°37 Ed. Lexis Nexis Año 2007.

C. Derecho a la orientación sexual e identidad de género.

En el año 2008, la Asamblea General de la OEA adoptó, por primera vez en su historia y en el marco del 38º periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General, una resolución dedicada a los derechos humanos y su vinculación con la orientación sexual e identidad de género, a saber, la [AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08)] “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”. Entre otros puntos, mediante esta resolución los Estados miembros manifestaban su preocupación por los actos de violencia y violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación e identidad de género.

De esta forma, la OEA se anticipó a una iniciativa similar en el marco de la ONU, en la cual un grupo de países suscribió, en el marco de la Asamblea General del año 2008, una declaración sobre la materia, aunque cabe aclarar que la misma no fue adoptada por la Asamblea General como órgano.

Entre otros puntos, esta declaración recibía con beneplácito la adopción de la resolución [AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08)] sobre “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género” por parte de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Desde la adopción de la primera resolución dedicada al tema por parte del órgano supremo de la Organización, otras resoluciones sobre la misma materia han sido adoptadas de manera consecutiva

en cada periodo ordinario de la Asamblea General.

Identidad de Género:

La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

“La identidad constituye la experiencia que hace posible que una persona pueda decir “yo” al referirse a “un centro organizador activo de la estructura de todas mis actitudes reales y potenciales”, la que se va forjando en el tiempo”¹³. Por este motivo se ha dicho que el derecho a la identidad es el derecho a ser quien se es, es un derecho a la propia biografía.¹⁴

La identidad del ser humano, en tanto éste es una "unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad". La identidad se sustenta en la libertad, la que constituye el ser del hombre. Esta permite que cada ser humano realice, de acuerdo con su decisión, su único, singular e irrepetible «proyecto de vida», dentro de los condicionamientos y determinismos provenientes de la naturaleza que lo limitan y lo constriñen. La libertad, como certeramente apunta

¹³ **FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.** Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual. JA, 1999-IV- p. 889.

¹⁴ Cfr. **FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo.** Información genética y derecho a la identidad personal. En: Bioética y Genética. BERGELCANTÚ Coordinadores. Bs As, Ciudad Argentina, 2000.

Mounier, «no se gana contra los determinismos naturales, se conquista sobre ellos, pero con ellos»¹⁵

Existen variantes de la identidad de género:

EL TRANSGENERISMO (personas trans) es un término utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a este. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos. Existe un cierto consenso para referirse o auto referirse a las personas transgénero, como mujeres trans cuando el sexo biológico es de hombre y la identidad de género es femenina; hombres trans cuando el sexo biológico es de mujer y la identidad de género es masculina; o persona trans o trans, cuando no existe una convicción de identificarse dentro de la categorización binaria masculino-femenino. El transgenerismo se refiere exclusivamente a la identidad de género del individuo y no a su orientación sexual que por lo tanto puede ser heterosexual, homosexual o bisexual.

La transgeneridad ha estado presente en diferentes culturas desde tiempos ancestrales, pero con muy diferentes lecturas sociales a las que podemos encontrar en occidente desde el siglo XX¹⁶

Por otra parte, **LAS PERSONAS TRANSEXUALES** (transexualismo) se sienten y se conciben a sí

¹⁵ MOUNIER, Emmanuel. El personalismo. Buenos Aires: Editorial EUDEBA, 1962, p. 36.

¹⁶ La transgeneridad no es un fenómeno novedoso. Se afirma encontrar antecedentes en diversas culturas en la antigüedad (las tribus Scythes, año 400 a.C.; culto a la diosa Cibeles, año 200 a.C., phrygies de Anatolia, Grecia, año 100 d.C, por mencionar algunos ejemplos) y existen registros en crónicas de la conquista de América de personajes, rituales y representaciones que bajo los parámetros actuales podrían leerse como manifestaciones trans, en: **ANDAHAZI, Federico**. Pecar como Dios manda. Historia sexual de los argentinos. Buenos Aires: Planeta, 2008. p.139 y siguientes.

mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica – hormonal, quirúrgica o ambas – para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social. Otras subcategorías del transgenerismo no necesariamente implican modificaciones corporales.

Así, para mediados de los años setenta se había consolidado el reconocimiento profesional (médico) de la transexualidad y se habían establecido líneas para su tratamiento. En 1980 la transexualidad ingresa al Manual de Diagnóstico y Estadística de la Asociación de Psiquiatría Americana (DSMIII) como “disforia de género”¹⁷

La transexualidad tiene un origen biológico¹⁸. La mayoría de los autores atribuyen el fenómeno de la transexualidad a razones ambientales, de educación, familiares. No nos parece que estas u otras análogas o parecidas situaciones, provenientes del exterior del sujeto humano sean la causa u origen de la transexualidad. Imaginamos más bien, que es un problema arraigado en la subjetividad. Este barrunto se fundamentaría, entre otros argumentos, en el hecho que el fenómeno de la transexualidad aparece en la persona en los primeros tiempos de la infancia, aproximadamente entre los dos y los cuatro años de edad.

El transexualismo constituye así, una perturbación de la identidad sexual por la cual, los individuos que sufren este trastorno, muestran un deseo irreprimible de vivir como miembros del otro sexo, adoptando el

¹⁷ MEYEROWITZ, Joanne. How sex changes. A history of transsexuality in the United States. Estados Unidos. Harvard University Press, 2002, p.22.

¹⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la identidad personal. Ob. cit., p. 302.

papel social acorde con su deseo y adquiriendo su aspecto físico mediante tratamiento hormonal o quirúrgico (Elsa Benítez y Carlos A. Gherzi¹⁹ "El derecho personalísimo a la identidad sexual" en J.A. N° 6108, año 1998, págs. 9/15).

Es el caso de **LAS PERSONAS TRAVESTIS**. En términos generales, las personas travestis son aquellas que expresan su identidad de género -ya sea de manera permanente o transitoria- mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo.

LA INTERSEXUALIDAD integra a las personas que poseen características genéticas de hombres y mujeres y se ha definido como "todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al estándar de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente". Históricamente la comprensión de esta identidad biológica específica se ha denominado a través de la figura mitológica del hermafrodita, la persona que nace "con 'ambos' sexos, tanto en el movimiento social LGTBI, como en la literatura médica y jurídica se considera que el término intersex es técnicamente el más adecuado. Una persona intersex puede identificarse como hombre, como mujer o como ninguno de los dos mientras su orientación sexual puede ser lesbiana, homosexual, bisexual o heterosexual.

¹⁹ **GHERSI, Carlos A. y BENÍTEZ, Elsa**, El derecho personalísimo a la identidad sexual, JA, 1998-III-1085.

3.1.5 Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género: ¿Qué dice la ONU?

El estado de los derechos LGBT en el mundo Según ILGA (*International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association*) todavía hay **76 países** que consideran la práctica de la homosexualidad ilegal y solamente **54 países** tienen leyes que prohíben la discriminación basada en la orientación sexual en el ámbito laboral.

Ante este panorama, las Naciones Unidas han publicado recientemente su primer informe sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. ¿Qué aporta este informe?

Marco legal e institucional

Según el **Consejo de derechos humanos** – órgano del sistema ONU responsable de la protección y fortalecimiento de los derechos humanos en el mundo – ninguna persona se le puede negar el disfrute de los derechos expuestos en **el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, incluida la no discriminación legislativa por orientación sexual. **El Consejo** solicita frecuentemente información sobre las medidas adoptadas por los Estados para prevenir, tratar y prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual.

Se insta a los Estados no solo a que deroguen las leyes que criminalizan la homosexualidad sino también a blindar la prohibición de la discriminación por orientación sexual al incluirla en sus constituciones u otras leyes **fundamentales**.

La homosexualidad sólo dejó de ser considerada una enfermedad mental, por la Organización Mundial de la Salud en **mayo de 1992**.

En 2006 un grupo de expertos afirmó una serie de principios de derechos humanos. Los denominados **Principios de Yogyakarta** proporcionan una guía universal a la aplicación de derechos contra los abusos experimentados por lesbianas, gays, bisexuales y transexuales.

En junio de 2011, el Consejo de Derechos humanos aprobó una resolución, dónde se expresaba preocupación por los actos de discriminación y violencia debido a la orientación sexual y la identidad de género de las personas. Además se instaba ala Alta Comisionada que llevara a cabo un informe al respecto. La resolución fue liderada por Sudáfrica y apoyada por 84 países.

Informe de Las Naciones Unidas, ¿un avance?

El informe documenta las leyes y prácticas discriminatorias, así como los actos de violencia contra las personas por su orientación sexual e identidad de género, y describe la legislación internacional de derechos humanos aplicable contra las violaciones de derechos humanos que sufre este colectivo.

El informe es un reconocimiento histórico por parte de las Naciones Unidas de la discriminación y violencia a las que enfrentan las personas por su orientación sexual o identidad de género. Además, el informe afirma que en virtud de las leyes internacionales, los Estados tienen la obligación de proteger los derechos humanos de los homosexuales, lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuadas.

Navanethem Pillay, Alta Comisionada de la ONU para los derechos humanos, afirma que no se trata de crear nuevos derechos o extender derechos humanos a un nuevo territorio. Se trata de insistir en que **todas las personas tienen derecho a disfrutar de los mismos**

derechos e igual protección del derecho internacional de los derechos humanos.

El informe pide a los gobiernos que pongan en práctica sus compromisos y obligaciones en virtud del derecho internacional y protejan los derechos de todos, independientemente de su identidad de género u orientación sexual.

El informe insta que los Estados a que:

Revoquen las penalizaciones a las relaciones consensuadas entre adultos del mismo sexo.

Reconozcan legalmente el género con el que las personas transgénero se identifican.

La legislación contra discriminación incluya la discriminación por orientación sexual y identidad de género.

Reconocer la discriminación y la violencia por orientación sexual e identidad de género como razones válidas para solicitar asilo.

Garantizar los derechos de libertad de expresión, asociación y reunión a este colectivo.

Los activistas consideran este informe una validación de sus esfuerzos y un reconocimiento de los derechos relativos a la orientación de género y a la libertad sexual. Este informe será una herramienta que permitirá impulsar sus esfuerzos para el reconocimiento de los derechos humanos de las personas LGBT.

Este informe es un excelente avance para los derechos LGBT. No obstante, su implantación deberá ser fiscalizada y los esfuerzos para garantizar la plenitud sus derechos tienen que seguir. Además, es necesario identificar y garantizar las necesidades particulares de este grupo.

3.2 La compatibilidad del matrimonio igualitario y la convivencia entre personas del mismo sexo con la constitución peruana.

Para abordar la cuestión relativa a los alcances de la protección de la orientación sexual en la Constitución de 1993, es importante tomar en cuenta dos cuestiones fundamentales. **La primera** es la relativa a la justificación moral de asumir a la orientación sexual como un criterio relevante para establecer diferencias entre personas. Así, consideramos la necesidad de reconocer un mínimo moral, constituido por la racionalización de las necesidades básicas de los individuos que se deben cumplir para la concretización de sus planes de vida, asumiendo para tal efecto la teoría de las necesidades y/o las capacidades. Esto lleva a concluir que tomar en cuenta la orientación sexual como criterio para atribuir derechos sería ponernos por debajo del mínimo moral antes referido, pues un recorte de los mismos, justificado en que el ejercicio de la sexualidad, no se ajusta al modelo hegemónico; implicaría una negación de la condición humana. **El segundo** alcance tiene que ver con el concepto de heteronormatividad, el cual alude a la dimensión política que subyace a la heterosexualidad como paradigma y su influencia en las concepciones de familia.

La Carta de 1993 no hace mención expresa alguna a la orientación sexual; sin embargo, no debe quedar duda que constituye un motivo prohibido implícito para generar tratos diferenciados, de conformidad con lo establecido en el artículo 2° inciso 2 del texto constitucional. En efecto, esta disposición enuncia un principio general de igualdad y a continuación un mandato de no discriminación por una lista de motivos prohibidos, al que se agrega criterios “de cualquier otra índole”. La **orientación sexual** debe entenderse dentro de la citada cláusula en tanto que constituye un factor a partir del cual se puede identificar a un colectivo integrado por homosexuales, lesbianas, transexuales, transgéneros, etcétera, que tradicionalmente ha sufrido, por su pertenencia al mismo, un

menosprecio social y la violación de sus derechos fundamentales. Esto resulta incompatible con un Estado como el peruano, el cual se rige por los **principios de Estado social, democrático y plural**. En atención a ello, la orientación sexual debe ser considerada en relación al mandato de no discriminación como una de las categorías sospechosas.

El Tribunal Constitucional ha asumido una posición en los términos siguientes:

“[...] Al respecto, se entiende por “**categorías sospechosas**” o “**especialmente odiosas**” a aquellos criterios de clasificación que aluden a determinados grupos sociales que han sido históricamente discriminados y que, por ende, merecen recibir una tutela especial o diferenciada de parte del ordenamiento jurídico. En este caso, dicha protección cualificada consiste en establecer que toda distinción que se funde en alguno de estos criterios expresamente vedados, estará afecta a una presunción de inconstitucionalidad, la cual sólo podrá ser desvirtuada a través de una justificación estricta, objetiva y razonable. En ese sentido, pues, cuando la Constitución señala en su **artículo 2, numeral 2** que “[t]oda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley”, y agrega a continuación que “[n]adie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”, debe entenderse que a través de esta enumeración la Constitución no ha hecho sino explicitar aquellos criterios que, por razones de tipo histórico o social, merecen ser tenidos como “potencialmente discriminatorios” cuando son afectados por la acción u omisión del Estado o de los particulares”.

Siendo ello así, este Tribunal ha de concluir que cuando una determinada forma de discriminación, sea ésta directa o indirecta, afecta el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente prohibidos por la Constitución, el juez constitucional habrá de sujetarse a las siguientes

reglas: **i)** en primer lugar, será deber del demandado, y no del demandante, probar que dicha discriminación no se ha producido; **ii)** en segundo lugar, dicha demostración habrá de ser enjuiciada a través de un control estricto, con lo cual no basta con que el agresor demuestre la legitimidad del fin y la racionalidad de la medida, sino que debe justificar la imperiosa necesidad de la misma; y, **iii)** en caso de duda, el juez habrá de inclinarse por la inconstitucionalidad de la medida adoptada”.

Bajo un Estado Constitucional, la lectura de una disposición como la ya mencionada no puede ser literal sino iluminada por el significado deontológico del principio de igualdad y en conexión con la realidad y el contexto social. Estos últimos nos dicen que la orientación sexual es un factor de diferenciación tan grave y lesiva a la dignidad de la persona humana como cualquiera de los expresamente mencionados y que darle un tratamiento distinto constituiría un despropósito en relación con el valor de la igualdad.

El Estado peruano está vinculado por la interpretación que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al artículo 1.1º y 24º de la Convención Americana de Derechos Humanos, que ha dejado establecido lo siguiente:

“82. La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley

interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana”

Específicamente, en relación con el criterio de orientación sexual, la Corte ha dejado establecido que tanto la orientación sexual como la identidad de género constituyen categorías protegidas por la Convención, y en ese sentido concluye que:

“91. [...] Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”

De lo que acabamos de señalar se desprende la existencia de un consenso internacional en torno a que la orientación sexual constituye una categoría protegida por los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. Por lo tanto, constituye un factor vedado para diferenciar en la adjudicación y tratamiento de derechos, cuestión que particularmente ha quedado muy clara en el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que el Perú debe acatar por constituir un Estado Parte de la Convención y sujeto a la competencia de dicha Corte. A ello se suma que el trato diferenciado dirigido a homosexuales y lesbianas debe ser asumido bajo el estándar de categoría sospechosa y aplicarse por tanto un escrutinio estricto y demás consecuencias señaladas en la sentencia del Tribunal Constitucional que para este aspecto hemos citado líneas arriba. Las disposiciones constitucionales que específicamente tratan sobre la familia y las uniones de hecho son los artículos 4° y 5°. La Constitución peruana no define a la familia ni la identifica de manera exclusiva con un modelo único. Por el contrario, esta institución ha ido cambiando su configuración a lo largo del tiempo debido a la influencia de diferentes factores. Así lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional que ha expresado lo siguiente:

“[...] 6. La aceptación común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Tradicionalmente con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos que se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así desde una perspectiva jurídica tradicional la familia «está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en parentesco».

7. Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear; conformada alrededor de la figura del pater familias”.

Se observa que el Tribunal Constitucional considera que la familia ha cambiado respecto al modelo tradicional nuclear; el cual está integrado por el padre, la madre (probablemente unidos por el lazo matrimonial) y los hijos, posición que contrasta con quienes entienden a la familia asociada a la naturaleza, lo que la lleva a ser percibida como inmodificable e inalterable en el tiempo, más aún, porque se la asocia a la función de reproducción de la especie.

Si bien el modelo nuclear estuvo presente en la legislación peruana, hoy deja de tener asidero desde una perspectiva constitucional, no solo porque la realidad revela una diversidad de formas familiares, sino porque desde la perspectiva de la supremacía de la Constitución, la legislación debe ser leída a la luz de los principios que emanan de la Carta de 1993 es decir: **dignidad, igualdad y autonomía individual**. De este modo, el principio de protección a la familia que se enuncia en el artículo 4º de la Constitución está dirigido a toda forma familiar y no exclusivamente a aquella que se acerca al modelo tradicional

nuclear. En este sentido, compartimos la línea argumentativa seguida en México por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de la **acción de constitucionalidad 2/2010** que señaló lo siguiente:

“235. Por consiguiente, si partimos de que la Constitución no protege exclusivamente a la familia que surge o se constituye mediante aquella institución [matrimonio entre varón y mujer], debido a que su protección es a la familia, entonces, dentro de un Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como realidad social y, por ende, tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos (familia monoparental), o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar (...)”

Nuestra postura encuentra también apoyo en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Atala Riffo y niñas contra Chile en la que se interpretó el concepto de “vida familiar” de la siguiente manera:

“142. La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”

Asumiendo, entonces, la postura que la familia debe ser **entendida como un concepto abierto** y que su protección alcanza a cualquiera de sus formas; el mandato de promover el matrimonio solo puede ser interpretado como un deber del Estado de generar políticas para que las personas que deseen casarse puedan acceder al matrimonio civil. En este sentido, la Constitución de 1993 no asume un concepto único y específico de

familia sino que, respetuosa de la pluralidad, la deja abierta la incorporación de las distintas formas familiares, siendo todas ellas merecedoras de la protección del Estado.

De este modo, si la familia a la que alude la Constitución de 1993 no queda identificada con un modelo único sino que se trata de un concepto abierto a la realidad y nuevas dinámicas sociales; el mandato de protegerla está dirigido a esa diversidad de formas o estructuras familiares que puedan presentarse, protección que se materializa, bajo un Estado Constitucional, principalmente en la garantía de los derechos individuales de sus miembros y siempre en armonía con los principios constitucionales.

La lectura de los artículos 4°, 5° y 6° del texto constitucional peruano, tiene que ser hecha en armonía con el principio de igualdad, el mandato de no discriminación por orientación sexual y demás principios que irradian del texto constitucional y que en un acápite anterior hemos aludido. Se trata de llegar a una armonía interna en el texto constitucional que debe ser encontrada a partir de una interpretación sistemática del mismo. Como lo sostiene Rubio:

“(…) la interpretación sistemática trata de mirar íntegramente la Constitución y de dar respuestas normativas constitucionales no desde un texto normativo específico sino desde el conjunto de reglas y principios constitucionales. Ello quiere decir que, metodológicamente, para analizar cada problema constitucional debemos revisar no solamente la regla aplicable sino todo el texto constitucional y los principios de la disciplina, para armonizar una respuesta a partir de todos los elementos normativos que encontremos”

En consecuencia, nuestra posición a partir de una interpretación de los artículos 4° y 5°, en clave de principios, se basa en las razones siguientes:

- El concepto constitucional de familia es abierto a la dinámica social y no permanece estático en el tiempo.

- El mandato constitucional de protección a la familia no está dirigido a un modelo de familia único sino a la diversidad de formas familiares que se presenten en la realidad. Con un concepto abierto de la familia, lo que hay que tomar en cuenta es su contenido mínimo el cual se traduce en relaciones afectivas, con proyección y planes de vida en común. Bajo ese contorno, el mandato de protegerla se materializa en su fortalecimiento como núcleo, así como en la garantía y el respeto de los derechos individuales de sus miembros.
- El artículo 5° de la Constitución es una regla que define a la unión de hecho heterosexual. No obstante leída a la luz de la igualdad nos dice que no es excluyente de la existencia de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo. Estas, aun cuando no han sido definidas como tales, forman parte del contenido mínimo que permite identificarlas como familia y, en tal calidad, requieren de la protección del Estado.
- El reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo es implícito y se deriva, en primer lugar, de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación. El resultado e impacto social que la lectura literal y aislada de la regla contenida en el artículo 5° de la Constitución produce sobre el colectivo protegido por el factor de orientación sexual es incompatible con los objetivos que se buscan alcanzar a través de la realización de los mencionados principios. A esto se suma la inexistencia de razones que podrían ser tomadas en cuenta y que por ser tan poderosas pudieran derrotar el mandato de igualdad.

3.3 Antecedentes Legislativos sobre unión civil y matrimonio igualitario.

El **matrimonio entre personas del mismo sexo**, también conocido como **matrimonio homosexual**, **matrimonio igualitario** o **matrimonio gay**, reconoce legal o socialmente

un matrimonio formado por contrayentes del mismo sexo biológico o legalmente reconocido.

Si bien los matrimonios entre personas del mismo sexo han existido en diversas culturas a lo largo del tiempo, como en la Antigua Roma o en la provincia china de Fujian hasta el siglo XIX, la occidentalización del mundo llevó a su desaparición en los siglos XIX y XX, volviendo a aparecer en el siglo XXI.

Las primeras leyes de la época actual en reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo fueron aprobadas durante la primera década del siglo XXI.

Hasta la actualidad, en 2017, 24 países (Alemania, Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá, Colombia, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, Malta, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia y Uruguay) permiten casarse a las parejas del mismo sexo en todo su territorio o parte del mismo.

El 24 de mayo del 2017 la Corte Suprema de Taiwán declaró inconstitucional la prohibición del matrimonio homosexual y otorgó un plazo de dos años al parlamento para que la apruebe por completo; de no hacerlo entraría en vigor automáticamente dicha sentencia y legalizaría los matrimonios homosexuales. Será el primer país de Asia en hacerlo.

Junto a la institución del matrimonio, y en muchos casos como alternativa, existen instituciones civiles adicionales, muy diferentes en cada país y comunidad, con denominaciones distintas, como *parejas de hecho* o *uniones civiles*, cada cual de una naturaleza, requisitos y efectos *ad hoc*, según la realidad social, histórica, sociológica, jurídica y política de cada sociedad. Estas instituciones son consideradas por movimientos de derechos humanos como instituciones *apartheid* y en muchos casos (especialmente cuando no otorgan los mismos derechos)

son criticadas por fomentar la discriminación y crear ciudadanos de segunda clase.

En América del Sur, se observan importantes avances en relación al reconocimiento de la diversidad sexual y el respeto a la universalidad de los derechos humanos. Algunos ejemplos son la legalización de la unión civil de parejas homosexuales²⁰ en Argentina (2002), Brasil (2011) y Uruguay (2008). En julio de 2010, Argentina aprobó el matrimonio homosexual, convirtiéndose en el primer país de la región.

3.4 Reforma Legislativa para el reconocimiento a las relaciones entre personas del mismo sexo. ¿Matrimonio igualitario?

Matrimonio homosexual es una expresión más precisa que **matrimonio igualitario** para referirse a los enlaces entre personas del mismo sexo.

La expresión matrimonio igualitario también **puede aludir** —y, de hecho, así se ha venido usando— **a un matrimonio entre personas de distinta clase social o a aquel en el que los dos cónyuges gozan de los mismos derechos.**

El Banco Mundial ha identificado **tres áreas clave** para mejorar la incorporación de la orientación sexual y la identidad de género en su labor en general:

- 1) **Capacitación:** sensibilizar al personal y los clientes acerca de las cuestiones relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género y desarrollar su capacidad de aplicar una visión que incluya esos temas en sus labores.
- 2) **Datos:** concentrarse en la recopilación de datos cuantitativos y cualitativos poniendo énfasis en los resultados de desarrollo para las personas LGBTI.

²⁰ Graciela Medina el trabajo Parejas homosexuales y transexuales: su derecho a la seguridad jurídica. Derecho de adopción y herencia. **IGNACIO, Graciela**, Transexualismo, cambio de sexo y derecho de contraer matrimonio.

3) **Operaciones:** poner a prueba iniciativas y proyectos destinados a mejorar el acceso de las personas LGBTI a los mercados, los servicios y los espacios

Resultados

El Banco Mundial juega un papel activo en la promoción de las cuestiones relativas a la orientación sexual y la identidad de género y se esfuerza continuamente para consolidar su enfoque en esta materia. Entre algunos ejemplos de sus estudios analíticos y labor operacional en este ámbito se pueden mencionar:

- El informe de 2014 titulado “El costo económico de la estigmatización y la exclusión de las personas LGBT” en India que aborda los diferentes aspectos de la exclusión: violencia, discriminación, pérdida de empleo, rechazo familiar, presiones relativas al matrimonio y acoso en la escuela. Cada una de estas manifestaciones de la exclusión puede tener implicaciones negativas en la salud, la educación y la productividad.
- A comienzos de 2017, se iniciaron dos encuestas para recopilar datos sobre la exclusión y la discriminación de las personas LGBTI en el sudeste de Europa y Tailandia.
- En Filipinas, una evaluación de género del país (PDF, en inglés) se documentó con información obtenida en conversaciones con grupos de personas LGBT. Entre las lecciones extraídas se incluyeron la necesidad de comprender las identidades y normas locales de género, así como la necesidad de realizar recopilaciones de datos e investigaciones adicionales sobre los temas de la orientación sexual y la identidad de género.

- En una serie de diagnósticos sistemáticos de los países y marcos de alianza con Tailandia, Uruguay y los Balcanes occidentales se incluyeron los temas de la orientación sexual y la identidad de género.
- El Proyecto de Igualdad de Oportunidades se basó en el enfoque del informe Mujeres, empresas y el derecho, y mediante este proyecto se recopiló información entre abogados e informantes clave en todos los países acerca de las barreras legales que enfrentan las minorías étnicas, religiosas y sexuales. Una fase experimental del proyecto ya finalizó y próximamente se publicará un informe.
- El proyecto de desarrollo económico e inclusión en Bahía apoyó al estado brasileño de Bahía en el fortalecimiento de la gestión del sector público, el buen gobierno y la entrega de servicios en educación, salud y seguridad pública, con especial atención a la inclusión social y económica de los grupos LGBT (entre otros). Esto incluyó el desarrollo de procedimientos preventivos, capacitación y coordinación para abordar la violencia y el abuso contra las personas LGBT.
- En Río de Janeiro, el proyecto de construcción de viviendas y desarrollo urbano en la zona metropolitana respaldó una agenda de mediano y largo plazo que busca promover el desarrollo social a través de programas que incluyen la diversidad y los derechos de los grupos vulnerables por razón de género, raza y orientación sexual.
- El Gobierno de Indonesia, mediante el Programa PNPM Peduli, implementó intervenciones piloto para abordar la discriminación que enfrentan los grupos transgénero a

nivel comunitario. El proyecto apoyó a las organizaciones de la sociedad civil que trabajan en las esferas de la inclusión económica y los derechos de los grupos LGBT.

3. 5 Principio de Igualdad como fundamento constitucional de la unión de personas del mismo sexo.

3.5.1 En América Latina

El matrimonio homosexual ya es una realidad en varios países de América Latina: Argentina, Brasil, Uruguay, Colombia y algunos estados de México. Así con el matrimonio gay, el continente avanza en la legislación que favorece los derechos de la comunidad de homosexuales.

Argentina

Buenos Aires fue la primera ciudad de América Latina en aprobar el **matrimonio igualitario** y en julio de 2010 esto se extendió a toda la Argentina. Así **se convirtió en el décimo país en el mundo en hacer legal las uniones entre personas del mismo sexo y el primero en Latinoamérica.**

Con esto Argentina aportó un plus más a los atractivos turísticos, que ya de por sí tiene. Desde entonces, llegan muchísimos turistas internacionales que buscan sellar su unión homosexual en este país. Esto se debe a que si bien hay muchos otros países donde el **matrimonio homosexual** es legal, lo es sólo para los ciudadanos. Se estima que desde que se aprobó la ley en 2010 y hasta el 2016, se casaron unas 10.500 parejas. Se estima que un 10% de esta cifra fueron extranjeras.

Uruguay

Uruguay siempre ha sido pionero en este tipo de temáticas que marcan una **visión progresista y liberal**. En 2009 aprobó

la adopción para parejas homosexuales y en abril de 2013 fue más allá, legalizando el **matrimonio gay**.

Uruguay ocupa el primer lugar en aceptación social de LGBT. Desde la aprobación del matrimonio homosexual, al igual que Argentina, se volvió un destino potencial para el turismo internacional gay. El matrimonio igualitario, la adopción de parejas homosexuales y los tratamientos gratuitos de cambio de sexo, son los principales atractivos. Al país llegan homosexuales de paso y otros que desean radicarse, ya que vienen huyendo de países donde se les persigue y discrimina.

Brasil

Brasil fue el último de los países hermanos en aprobar el **matrimonio homosexual** y avanzar así en los derechos de la comunidad en el continente. Lo hizo en mayo de 2013 y a diferencia de lo que pasó en Uruguay y Argentina, la iniciativa surgió del Consejo Nacional de Justicia, no del Parlamento. El país **también avanzó en la adopción de familias gay**. En 2010 el Superior Tribunal de Justicia permitió la adopción de una niña por parte de una pareja de mujeres homosexuales y así sentó jurisprudencia en el tema.

Colombia

Fue el último país de la región en legalizar la unión legal entre parejas del mismo sexo, atendiendo así a las demandas de la comunidad LGBTI.

La aprobación se realizó en 2016, ya desde 2013 estaba permitida por la Corte la unión bajo la figura de unión solemne con la que no estaba muy de acuerdo la comunidad gay y no podían recurrir a la figura del matrimonio.

La Corte Constitucional de Colombia había aprobado ya en 2015 la adopción por parte de parejas homosexuales y con la aprobación en 2016 del matrimonio gay, se dio un gran paso acompasando lo que venía pasando en el resto de Latinoamérica.

¿Qué sucede el en resto de América Latina?

En el resto de América Latina se han hecho cosas al respecto pero todavía falta mucho. En **Ecuador y Chile** se reconocen las **uniones civiles** entre personas del mismo sexo, pero no se reconoce la figura del matrimonio. En **México** es legal el matrimonio gay en la Ciudad de México desde 2007 y en el **estado de Coahuila** desde 2015, pero no en el resto del país.

Afortunadamente hay países latinoamericanos que en la lucha por reconocer los derechos de la comunidad LGBTI, han establecido normativa en contra de la discriminación homosexual. Ellos son: Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Puerto Rico, Salvador, Uruguay y Venezuela.

3.5.2 Continente Europeo

Europa del norte

País	Prácticas homosexuales despenalizadas	Uniones reconocidas	Matrimonio homosexual	Permite a los homosexuales servir en el ejército	Adopción	Prohíbe la discriminación
 Dinamarca	✓ legal desde 1933	✓ legal desde 1989	✓ legal desde 2012	✓	✓	✓ prohíbe cualquier discriminación
 Estonia	✓ legal desde 1992	✓ legal a partir de 2016	✗	✓	✗	✓ prohíbe algunas discriminaciones
 Finlandia	✓ legal desde 1971	✓ legal desde 2002	✓ legal a partir de 2017	✓	✓	✓ prohíbe cualquier discriminación
 Islandia	✓ legal desde 1940	✓ legal desde 1996	✓ legal desde 2010	✓	✓ sólo parejas registradas	✓ prohíbe la mayoría de las discriminaciones
 Islas Feroe	✓ legal desde 1933	✓	✓ esperando aprobación Parlamento danés	✓	✓	✓ prohíbe la mayoría de las discriminaciones
 Letonia	✓ legal desde 1992	✗	✗ prohibición constitucional	✓	✗ sólo las parejas casadas pueden	✓ prohíbe algunas discriminaciones
 Lituania	✓ legal desde 1993	✗	✗ prohibición constitucional	✓	✗	✓ prohíbe cualquier discriminación
 Noruega	✓ legal desde 1972	✓ legal desde 1993	✓ legal desde 1/1/2009	✓	✓	✓ prohíbe algunas discriminaciones
 Suecia	✓ legal desde 1944	✓ legal desde 1995	✓ legal desde 1/05/2009	✓	✓ sólo parejas registradas	✓ prohíbe cualquier discriminación

Europa del oeste

País	Prácticas homosexuales despenalizadas	Uniones reconocidas	Matrimonio homosexual	Permite a los homosexuales servir en el ejército	Adopción	Prohíbe la discriminación
 Andorra	✓ legal desde 1790	✓ legal desde 2005	✗	Andorra no tiene ejército	✓ desde 2014	✓ prohíbe algunas discriminaciones
 Bélgica	✓ legal desde 1792	✓ legal desde 2000	✓ legal desde 2003	✓	✓	✓ prohíbe cualquier discriminación
 España	✓ legal desde 1979	✓ legal desde 1998 (Reguladas en 12 de las 19 autonomías)	✓ legal desde 2005	✓	✓	✓ prohíbe cualquier discriminación
 Francia	✓ legal desde 1791	✓ legal desde 1999	✓ legal desde 2013	✓	✓	✓ prohíbe cualquier discriminación
 Gibraltar	✓ legal desde 1993	✓ legal desde 2014	✓ legal desde 2016	✓	✓ desde 2014	✓ prohíbe la mayoría discriminaciones
 Guernsey	✓ legal desde 1983	✓ legal desde 2012	✓ legal a partir de 2017	✓	✓	✓ prohíbe la mayoría discriminaciones
 Irlanda	✓ legal desde 1993	✓ legal desde 2011	✓ legal desde 2015	✓	✓	✓ prohíbe algunas discriminaciones
 Isla de Man	✓ legal desde 1992	✓ legal desde 2011	✓ legal desde 2016	✓	✓ desde 2011	✓ prohíbe la mayoría discriminaciones
 Jersey	✓ legal desde 1990	✓ legal desde 2012	✓ legal a partir de 2017	✓	✓ desde 2012	✓ prohíbe la mayoría discriminaciones

 Países Bajos	✓ legal desde 1811	✓ legal desde 1998	✓ legal desde 2001	✓	✓	✓ prohíbe cualquier discriminación
 Portugal	✓ legal desde 1983	✓ legal desde 2001	✓ legal desde 2010	✓	✓ desde 2015	✓ prohíbe cualquier discriminación
 Reino Unido	✓ legal desde 1967 (1980 en Escocia y 1982 en Irlanda del norte)	✓ legal desde 2005	✓ legal desde 2014	✓	✓	✓ prohíbe la mayoría discriminaciones




Europa del sur

País	Prácticas homosexuales despenalizadas	Uniones reconocidas	Matrimonio o homosexual	Permite a los homosexuales servir en el ejército	Adopción	Prohíbe la discriminación
 Albania	✓ legal desde 1995	✗	✗	✓	✗	✓ prohíbe cualquier discriminación
 Bosnia Herzegovina	✓ legal desde 1996 (1998 en República Srpska)	✗	✗	✓	✗	✓ prohíbe la mayoría de las discriminaciones
 Bulgaria	✓ legal desde 1968	✗	✗ prohibición constitucional	✓	✗	✓ prohíbe cualquier discriminación
 Chipre	✓ legal desde 1998	✓ reconocidas desde 2015	✗	✗ vetados en el servicio militar	✗	✓ prohíbe algunas discriminaciones
 Grecia	✓ legal desde 1951	✓ desde 2015	✗	✓	✗	✓ prohíbe algunas discriminaciones
 Italia	✓ legal desde 1890	✓ desde 2016	✗	✓	✓ sólo los hijos de los cónyuges ²⁴	✓ prohíbe algunas discriminaciones




 Macedonia	✓ legal desde 1996	✗	✗	✓	✗	✗
 Malta	✓ legal desde 1973	✓ desde 2014	✓ desde 2017	✓	✓ desde 2014	✓ prohíbe algunas discriminaciones
 Moldavia	✓ legal desde 1995	✗	✗	✓	✗	✓ prohíbe solo la discriminación laboral
 Montenegro	✓ legal desde 1977	✗	✗ prohibición constitucional	✓	✗	✓ prohíbe la mayoría de las discriminaciones ²⁵
 Mónaco	✓ legal desde 1793	✗	✗	depende del ejército de Francia	Desconocido	Desconocido
 San Marino	✓ legal desde 1864, penalizado de nuevo en 1974 y despenalizado en 2001	✗	✗	No tiene ejército	✗	✗
 Serbia	✓ legal desde 1994 (1981 en Vojvodina)	✗	✗ prohibición constitucional	✓ desde 2010	✗	✓ prohíbe algunas discriminaciones
 Ciudad del Vaticano	✓ legal desde 1890 utiliza el mismo código penal de Italia	✗	✗	no tiene ejército	✗	✗

Europa central

País	Prácticas homosexuales despenalizadas	Uniones reconocidas	Matrimonio o homosexual	Permite a los homosexuales servir en el ejército	Adopción	Prohíbe la discriminación
 Alemania	✓ legal desde 1969 (1968 en Alemania oriental)	✓ legal desde 2001	✓ legal desde 2017	✓	✓ sólo los hijos de los cónyuges	✓ prohíbe cualquier discriminación
 Austria	✓ legal desde 1971	✓ cohabitación sin registrar desde 2003, propuesta la registrada	✗	✓	✓ desde 2013 ²⁶	✓ prohíbe algunas discriminaciones
 Croacia	✓ legal desde 1977	✓ cohabitación sin registrar desde 2003, registrada en 2014	✗ prohibición constitucional	✓	✗	✓ prohíbe cualquier discriminación
 Eslovaquia	✓ legal desde 1962	✗	✗ prohibición constitucional	✓	✗	✓ prohíbe cualquier discriminación
 Eslovenia	✓ legal desde 1977	✓ legal desde 2006	✓ legal desde 2017	✓	✓ legal desde 2015	✓ prohíbe la mayoría de las discriminaciones
 Hungría	✓ legal desde 1962	✓ cohabitación sin registrar desde 1996, registrada en 1/1/2009	✗ prohibición constitucional	✓	✗	✓ prohíbe cualquier discriminación
 Liechtenstein	✓ legal desde 1989	✓ ²⁷	✗	No posee ejército	✗	✗
 Luxemburgo	✓ legal desde 1795	✓ legal desde 2004	✓ legal desde de 2015	✓	✓	✓ prohíbe cualquier discriminación
 Polonia	✓ legal desde 1932 (nunca	✗	✗ prohibición	✓	✗	✓ prohíbe cualquier de las

	penalizadas bajo la ley polaca)		constitucional			discriminaciones
 República Checa	✓ legal desde 1962	✓ legal desde 2001	✗	✓	✓ desde 2010 ²⁸	✓ prohíbe cualquier discriminación
 Rumanía	✓ legal desde 1996	✗	✗	✓	✗	✓ prohíbe cualquier discriminación
 Suiza	✓ legal desde 1942	✓ legal desde 2007	✗	✓	✗	✓ prohíbe cualquier discriminación

Europa oriental

País	Prácticas homosexuales despenalizadas	Uniones reconocidas	Matrimonio homosexual	Permite a los homosexuales servir en el ejército	Adopción	Prohíbe la discriminación
 Bielorrusia	✓ legal desde 1994	✗	✗	✗ vetados en el servicio militar	✗	✗
 Rusia	✓ legal desde 1993	✗	✗	✓	✗	✗ derechos muy limitados
 Ucrania	✓ legal desde 1992	✗	✗	✓	✗	✓ prohíbe varias discriminaciones desde 2015

3.5.4 Reforma Legislativa

3.5.4.1 En la Constitución Política del Perú.

El inciso 2 del Artículo 2 de la Constitución vigente que a la letra dice. ***"Que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole"***

La cuestión de la homosexualidad ha adquirido recientemente estatura constitucional y dimensión mundial. Un magnífico ejemplo es la interesante **Sentencia del Tribunal Constitucional peruano de 24 de noviembre de 2004**. El Tribunal concede el amparo a un policía al que se había sancionado por faltas contra el decoro (ya que contrajo matrimonio con un transexual) y contra la obediencia (porque no pidió autorización para casarse a sus superiores). El Tribunal examina en primer lugar la sanción contra la obediencia. El derecho a contraer libremente matrimonio cuando y con quien se quiera no lo halla el Tribunal en el Art. 4 de la Constitución (que consagraría, más bien, una garantía del instituto matrimonial), sino en el derecho al libre desarrollo de la personalidad del Art. 2.1 de la Constitución 1 (en España, nuestro art. 10.1, que también recoge este derecho, no se considera un derecho fuente de derechos). Pero el Tribunal establece un buen punto de partida: la Constitución peruana alberga el derecho a contraer matrimonio. Por supuesto, no es un derecho ilimitado, pero los límites deben establecerse por ley (lo que no ocurría en el caso) y deben respetar su contenido esencial (lo que tampoco sucedía en el caso porque la exigencia

de una autorización administrativa previa para poder contraer matrimonio es una "intolerable invasión de la libertad")

La Sentencia valora en segundo lugar, en sus seminales párrafos 23 y 24, la conformidad con la Constitución de la sanción por falta contra el decoro. En este punto, el Tribunal emite una tesis que creo tendrá importancia para el futuro en el ordenamiento peruano y sentará doctrina: la conexión de las preferencias sexuales de la persona con su dignidad, constitucionalmente protegida. **"La Constitución peruana, se lee en la Sentencia, no distingue a las personas por su opción y preferencias sexuales"**. Citando la famosa **Sentencia Casey** del Tribunal Supremo federal norteamericano, de 1992, el Tribunal sostendrá que ***"El carácter digno de una persona no se pierde por ser homosexual o transexual o, en términos generales, porque se haya decidido por un modo de ser que no sea de aceptación de la mayoría"***. Y, por tanto, "cuando el Estado sanciona a un servidor público por homosexual o transexual... se está condenado una opción cuya elección sólo corresponde adoptar al individuo como ser libre y racional". En consecuencia, la sanción impuesta al policía es inconstitucional.

Una **reforma constitucional** supone la modificación de la Constitución de un Estado. Tiene por objeto una revisión parcial de una Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del **texto constitucional**.

Una Reforma Constitucional tiene como objetivo revisar la Constitución y reemplazar o agregar normas sin cambiar la esencia de la Carta Magna. Generalmente estos cambios tienen como objetivo actualizar normas que se han aprobado hace mucho tiempo y que resultan anacrónicas a la época en que se vive o incluso presentan algún tipo de injusticia ética o moral contra personas o grupos de personas que forman parte de esa sociedad. Otra posibilidad es que la reforma corrija o explique normas que suelen generar controversias. En este caso, no se trata de reemplazar la norma, sino de adaptarla a la realidad concreta.

Para poder llevar a cabo una reforma existen dos vías claras. La primera es sencilla y la segunda, compleja. Si la reforma constitucional se lleva a cabo por la vía sencilla, el **referéndum** debe ser solicitado por alguno de los miembros del parlamento pero no es estricto que se realice una consulta ciudadana. Si se realiza por la vía compleja, los ciudadanos deben tener sí o sí parte y participación; es decir es imprescindible que se realice una consulta al pueblo.

Dependiendo del tipo de modificación que se quiera hacer sobre la constitución se deberá optar por la primera o la segunda vía. En general para que la reforma se apruebe el proyecto debe recibir el 3/5 de votos positivos en las cámaras; en caso de que no se llegue a alcanzar esa aprobación se puede formar una **comisión paritaria** y presentar

un nuevo texto con la esperanza de que el Congreso lo apruebe en el futuro.

Hay dos caminos previstos para lograr una modificación a un artículo o varios artículos de la Constitución. Estos son y precisamos, “con el voto de los dos tercios de la representación, es decir, 87 votos, en dos legislaturas ordinarias y consecutivas, lo cual toma varios meses”.

El otro camino, es mediante la vía del referéndum. “Para ello se requiere lograr la votación de la mayoría simple más uno (66 votos, pues ahora son 130 los congresistas). Una vez logrado esto, el Congreso debe emitir una ley que ordene se realice un referéndum”

El proceso de modificación de la Carta Magna implica dos legislaturas ordinarias, es decir, más de un año si fuera el caso de que en la presente legislatura ordinaria se haga alguna propuesta de modificación constitucional.

Todos los mecanismos para cambiar o modificar la Constitución están previstos en el **Art. 206** de esta, la cual simplemente se debe seguir, como se ha hecho durante el gobierno de transición de Valentín Paniagua y luego en la gestión de Alejandro Toledo Manrique.

Proyecto de Ley: inciso 2 del Artículo 2 a la letra dirá. ***"Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la Ley sin ser discriminado por***

motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole que restrinja la unión entre personas del mismo sexo, reconociendo la institución familiar, su identidad de género e identidad sexual.”

3.5.4.1.1 En el Código Civil.

Se busca la modificación del **artículo 234** del Código Civil, que actualmente establece el concepto de matrimonio como "la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella".

La nueva norma define al matrimonio como la unión entre "dos personas legalmente aptas para ella". "En ningún caso" se puede negar el reconocimiento legal de los matrimonios igualitarios celebrados en el extranjero.

3.6. Reconocimiento del Matrimonio para efectos de su inscripción de un ciudadano peruano y un mexicano. Caso: Óscar Ugarteche y el mexicano Fidel Aroche, celebrado en México en el año 2010.

3.6.1. El Matrimonio como Contrato.

“El contrato de matrimonio es quizás, de todos los contratos, el que menos justifica este nombre, ya que no es necesariamente productor de obligaciones; su objeto constante es determinar el estatuto que regirá la asociación

conyugal desde el punto de vista pecuniario, el de instituir la carta patrimonial de los esposos, su régimen matrimonial”²¹

En este sentido la expresión “contrato” se justifica más porque hay un acuerdo de voluntades (rige la autonomía de la voluntad) y no precisamente por el objeto del mismo que es la fijación del estatuto que regirá la asociación conyugal patrimonialmente.

Totalmente conformes nos mantenemos con el concepto dado en su día por nuestro maestro, Don **Manuel ALBALADEJO**, al que el mismo determina como naturaleza del acto creador del matrimonio, y desde la perspectiva únicamente jurídica, establece como, ***“acto creador del matrimonio como acuerdo solmene de voluntades, esto es la de los contrayentes, encaminadas a establecer la unión matrimonial, por lo que basándose en la voluntad de las partes, es un negocio jurídico, siendo únicamente admisible determinar dicho negocio jurídico como contrato, si lo entendemos como acuerdo de voluntades.***

En tal sentido, la posición mantenida por dicho Jurista, se circunscribe en la idea de que los **contrayentes**, prestando su consentimiento, crean, por su propia voluntad una unión entre ellos, acatando en tal sentido, las normas establecidas en tal sentido, no pudiendo o no teniendo capacidad para disponer de la normativa que pudiera establecerse de su propia voluntad.

El concepto que acaba de darse de matrimonio lleva implícito la posición que se mantiene sobre la naturaleza jurídica del matrimonio. No vamos en el presente estudio a adentrarnos

²¹ **Josserand, Louis.** “Derecho Civil”, Tomo III (Los Regímenes Matrimoniales). Ediciones Jurídicas Europa-América. Pág. 538. **Josserand, Louis. Derecho Civil.** Tomo I, Volúmenes 1 y 2; Tomo II, Volúmenes 1 y 2; Tomo III, Volúmenes 1, 2 y 3. Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y cía editores, Buenos Aires, 1952.

en las diversas teorías jurídicas y de los distintos sectores doctrinales.

La corriente liberal del **siglo XVIII** sostiene que el matrimonio es un contrato fundamentalmente porque nace del acuerdo de voluntades, de tal modo que si dicho acuerdo no existe o está viciado, el matrimonio-contrato no nace a la vida del derecho; en el **siglo XIX**, las leyes civiles del matrimonio eran una copia de la normativa canónica; igualmente lo eran hasta mediados del **siglo XX**, excepto en la ley del divorcio (Monsalve, 2005, pp. 347-412). Al ser un contrato, el matrimonio genera una serie de derechos y obligaciones que en su mayoría se encuentran consignadas de manera taxativa en la ley, la cual parte de la presunta voluntad de los contrayentes e impone a estos derechos y obligaciones (Larrain, 1998, pp. 153-160)

Por último, para que pueda **existir un matrimonio** es preciso que concurren una serie de caracteres que sirvan para diferenciar al matrimonio de otras **uniones de personas**.

1º El matrimonio, como hemos advertido, es necesario a emisión de una declaración de voluntad de los contrayentes.

2º Los contrayentes, no pueden determinar las normas y condiciones por las que se va a regir a partir de ese momento su matrimonio, éste queda circunscrito al ámbito legal aplicable, debiendo en tal sentido someterse al mismo. Así lo dispone el párrafo segundo del **artículo 45 del Código Civil**; *“La condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesto.”*

3º Implica siempre la unión de un solo hombre con una mujer, o de un hombre con otro hombre o una mujer con otra mujer, es decir, el matrimonio es siempre monógamo. El **Código**

Civil en su **artículo 46 apartado** prohíbe contraer matrimonio a *“los que estén ligados por un vínculo matrimonial”*, y el **Código Penal** tipifica como delito de matrimonio ilegal en el **artículo 217** contraer *“segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior.”*

4º Presupone una intención en los contrayentes del matrimonio de establecer entre ellos una unión estable y duradera; quienes emiten la declaración de voluntad de querer celebrar un matrimonio se entiende que lo hacen con intención de establecer una unión personal de duración indefinida, sin importar el sexo.

Características del contrato de matrimonio.

Partiendo de la acepción de la tesis del matrimonio como contrato, se encuentra que éste está definido como un acuerdo de voluntades encaminado a producir efectos jurídicos u obligaciones, y así, puede afirmarse que el matrimonio reúne entonces los elementos propios de un contrato, los cuales, como se observa, son: Contrato de derecho privado: en la actualidad y de acuerdo con la normatividad que lo rige, la institución matrimonial es considerada un contrato de derecho privado, regido íntegramente por la voluntad de las partes, tanto en sus efectos, como en su disolución. La única limitación de este contrato, exclusivamente de derecho privado, radicaría en la necesidad de que fuera celebrado por personas de sexo diferente. Ni siquiera operaría, en un terreno especulativo, la restricción derivada del número de personas que podrían celebrarlo (Larrain, 1998, pp. 153-160)

El acuerdo de voluntades: en el matrimonio este elemento se evidencia al momento de que los esposos acuerdan, de manera libre e incondicional, establecer mediante un vínculo jurídico frente a autoridad judicial, notarial o eclesiástica que

los determine como cónyuges y les otorgue un estado civil distinto al que tenían hasta antes de contraer dicha obligación marital.

Es bilateral: porque desde el momento de su celebración es fuente y origen de derechos y obligaciones recíprocas entre los cónyuges.

Solemne: debido a que está sujeto a unas formalidades específicas determinadas por el legislador, y su inobservancia implica invalidez e ilicitud del acto.

Puro y simple: porque no admite modalidades, plazo o condición, debido a que está relacionado con el estado civil de las personas y con los actos de familia que no son eminentemente patrimoniales.

Es de tracto sucesivo: porque las obligaciones propias del contrato tienen un cumplimiento periódico, escalonado y prolongado en el tiempo. Origina un nuevo estado civil: el cual es irrenunciable, no puede ser objeto de transacción por ser un atributo de la personalidad de los cónyuges (Suárez, 2001). Producción de efectos jurídicos: este aspecto surge con el establecimiento del matrimonio, y esto, porque el derecho considera que esta institución es importante y merece protección y regulación jurídica. Sin embargo, esos efectos jurídicos propios del matrimonio no son la razón o móvil que lleva a los contratantes a convertirse en cónyuges, son simplemente (y como del concepto se deduce) efectos o consecuencias si se quiere. Esos efectos pueden ser personales, en cuanto emanan unas obligaciones y unos derechos entre los cónyuges y, patrimoniales, siempre que por el patrimonio puede establecerse una sociedad conyugal. De otro lado, es claro que todo contrato acarrea o conlleva a las partes a instituir unas obligaciones, y para el matrimonio son específicamente la cohabitación, la fidelidad, el socorro, y la ayuda mutua. Desde una perspectiva doctrinal, han surgido una serie de aportes en relación con la naturaleza del

matrimonio, entre ellas, la teoría contractual o tradicional que cuenta con exponentes civilistas y canonistas franceses de los siglos XIX y XX, como Pothier, Colin, Capitant y Josserand (entre otros); puntualmente Colin y Capitant precisan que el matrimonio es el resultado de una concordia de voluntades y que naturalmente produce obligaciones; aunque es necesario decir que en este tipo de contrato las partes no gozan de total disposición y libertad en cuanto al establecimiento de sus consecuencias, disolución - extinción, modalidades de las obligaciones, número de los contratantes o sexo de los mismos, sino que deben ajustarse a restricciones estipuladas de ante mano por la ley y la Constitución. Justificándose esa ausencia de disponibilidad por la concurrencia de intereses que en virtud de él tienen lugar y se extienden a toda la sociedad o grupo social (Suárez, 2001).

3.6.2. Caso Ugarteche.

El Séptimo Juzgado Constitucional de Lima ordenó al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (**Reniec**) que reconozca e inscriba el matrimonio entre el ciudadano peruano Óscar Ugarteche y el mexicano Fidel Aroche, el cual fue celebrado en México.

A través de una sentencia de primera instancia la jueza Malbina Saldaña declaró fundada la demanda presentada por Ugarteche, quien inició un proceso legal para registrar su nuevo estado civil en diciembre del 2012.

La pareja se casó el 30 de octubre del 2010 en Ciudad de México, siete meses después de que entrara en vigencia la reforma legislativa que permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo en dicho país.

En el 2011, solicitó la inscripción de su matrimonio ante el consulado peruano en México. Por esta razón, en enero del 2012, Ugarteche le otorgó una carta-poder a su abogado para que este solicitara al Reniec el registro de su nuevo estado civil. Pero, en marzo de ese mismo año, la entidad declaró improcedente su solicitud.

Apeló la resolución, el Reniec argumentó finalmente que el artículo 234° del Código Civil establecía que “el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella”, por lo que no podía registrar un matrimonio entre personas del mismo sexo.

Ello, en contraposición a la Constitución, que dice que todos somos iguales, pero el Código Civil dice lo contrario.

En el 2013, el caso de Ugarteche pasó a la Cuarta Sala Civil, y finalmente fue admitido por el Séptimo Juzgado Constitucional de Lima el 10 de octubre de ese mismo año a través de un proceso de amparo.

En esta instancia, el Reniec reiteró su argumento (que no podía inscribir el matrimonio de Ugarteche al ser entre dos personas del mismo sexo).

La sentencia ha ponderado un derecho fundamental como el de la igualdad por encima de conceptos como el de matrimonio.

Nuestro Código Civil data del año 1984, momento en el cual era inimaginable pensar en una institución como la del matrimonio de personas del mismo sexo, pero no se ha adaptado a dichos cambios sociales.

Sin embargo, no es factible una oposición de carácter religiosa al reconocimiento de un matrimonio homosexual, puesto que el Perú es un Estado laico, es decir que es neutral en materia de religión.

El Código Civil no se ajusta a la Constitución

Es una sólida e histórica sentencia que reconoce la validez constitucional en el Perú de un matrimonio entre personas del mismo sexo. La Constitución ni los tratados amparan la restricción establecida en el Código Civil sobre estas uniones.

Reniec discriminó al demandante en razón de su orientación sexual, y que vulneró sus derechos a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. Por ello, el Código Civil no se ajusta a la Constitución, a los tratados y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

El reconocimiento al derecho a la personalidad jurídica de la Asociación Lucha por la Identidad Travesti -Transexual por la Corte Suprema de Justicia de la Nación²² Argentina, tuvo buen desenlace.

²² CSJN “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c. Inspección General de Justicia s/amparo” Sentencia del 21 de noviembre de 2006.

CAPÍTULO IV

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE REGULAN LA UNION ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

4. Introducción.

Las **leyes** que afectan a las personas **lesbianas, gays, bisexuales y transgénero** (LGBT) varían bastante según el país o territorio, desde el reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo o de otros tipos de uniones, hasta la pena de muerte como castigo por la actividad romántica/sexual entre personas del mismo sexo.

Los derechos LGBT son considerados derechos humanos por parte de Amnistía Internacional y Human Rights Watch. Las leyes sobre derechos LGBT incluyen, pero no se limitan a, lo siguiente:

- Derogar las leyes que tipifican como delito las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo (despenalización de la homosexualidad).
- Reconocimiento gubernamental de las relaciones entre personas del mismo sexo (como el matrimonio entre personas del mismo sexo o uniones similares).
- Permitir la adopción homoparental.
- Reconocimiento de la familia homoparental.
- Leyes contra la discriminación, que incluyan como categorías protegidas la orientación sexual, la identidad de género y/o expresión de género (en particular en el lugar de trabajo, el acceso a los bienes y servicios, la vivienda y la atención de la salud).
- Legislación contra el acoso escolar y de no discriminación para proteger a niños y estudiantes LGBT.
- Prohibir las "terapias reparadoras o de conversión" que intentan cambiar o reprimir la orientación sexual y la identidad de género de una persona, en particular en menores de edad.
- Derechos migratorios para parejas del mismo sexo.

- Legislación contra delitos de odio y el discurso de odio que proporcionen sanciones penales por la violencia y la incitación a la discriminación motivada por prejuicios contra personas LGBT.
- Igualdad en la edad de consentimiento sexual.
- Acceso igualitario a las técnicas de reproducción asistida.
- Reconocer la autodeterminación del género a las personas transgénero, para acceder a la modificación legal de su identidad (nombre y sexo registral) en documentos oficiales.
- Acceso a la cirugía de reasignación de sexo y terapia de sustitución hormonal.
- Reconocimiento legal y adaptación en documentos oficiales del género reasignado a personas transexuales.
- Permitir a personas LGBT servir abiertamente en las fuerzas armadas.
- Permitir que personas que tienen sexo con alguien de su mismo sexo puedan donar sangre

En 2011, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó su primera resolución histórica que reconoce los derechos de las personas LGBT, que fue seguida de un informe que documenta las violaciones de los derechos humanos basadas en la orientación sexual y la identidad de género. A raíz del informe, se instó a todos los países que aún no lo habían hecho a promulgar leyes que protejan los derechos básicos de personas LGBT. En 2014 fue aprobada la segunda resolución para combatir la violencia y la discriminación por orientación sexual y la identidad de género. En 2016 fue aprobada la tercera resolución, sobre protección contra la violencia y la discriminación, que ordena el nombramiento de un Experto Independiente en la temática. En 2017 se aprueba otra resolución instando a los Estados que todavía no han abolido la pena de muerte a velar por

que esta no se imponga como sanción por determinadas formas de conducta, como las relaciones homosexuales consentidas

Hasta octubre de 2017, veintidós países, la mayoría de ellos ubicados en América y Europa, reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo a nivel nacional. Estos son: Alemania, Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá, Colombia, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Islandia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Sudáfrica, Suecia y Uruguay. Lo reconocen en algunas partes de su territorio: México y el Reino Unido.

Hasta octubre de 2017, 73 países y cuatro jurisdicciones subnacionales tienen leyes que penalizan la homosexualidad, la mayoría de ellos se encuentran en África y Asia. En 2006 ese número era 92. 15 países establecen una edad de consentimiento sexual desigual.

Hasta junio de 2017, 13 Estados prevén la pena de muerte para estas conductas. En cuatro estados soberanos se aplica en todo su territorio (Arabia Saudita, Irán, Sudán, Yemen), mientras que en otros dos se aplica en ciertas jurisdicciones de su territorio (Somalia, Nigeria), y actores no estatales la aplican en dos estados más (Irak, Siria). A pesar de estar codificado en la ley, no existen datos que sugieran que la pena capital haya sido aplicada en otros cinco estados (Afganistán, Catar, Emiratos Árabes Unidos, Mauritania y Pakistán). En Brunéi está pendiente de implantarse. En definitiva, todos estados en donde se aplica la ley islámica (Sharia)

La ONU y la UE han establecido principios internacionales respecto de la homosexualidad, vinculantes para sus estados miembros. Este el caso de los Principios de Yogyakarta, que extienden explícitamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos a las personas homosexuales, bisexuales, transexuales y transgénero, cuyos derechos ya estaban incluidos

implícitamente en el artículo segundo de la mencionada *Declaración Universal* bajo los genéricos «o de cualquier otra índole» y «o cualquier otra condición»:

4.1 Instrumentos Internacionales

4.1.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Previamente, en 1994, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas dictaminó que la prohibición y consecuente penalización de los comportamientos homosexuales vulneraban los derechos a la privacidad y no discriminación.

4.1.2 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En el año 2000, la UE, en el apartado (1) del artículo 21 de «Derecho de no discriminación» de su *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, censura legalmente la discriminación por motivos de orientación sexual:

Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad **u orientación sexual**.

Este mismo documento, sin embargo, establece en su noveno artículo que la legislación matrimonial es privativa de cada uno de los estados miembros, por lo que la

posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo se regula en los marcos jurídicos estatales:

Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

4.1.3. Convención Americana Sobre Derechos Humanos

El artículo 1.1 de la CADH, la CIDH demuestra la importancia de establecer la relación con la vida privada, contemplada en el artículo 11.2 de la CADH, puesto que esta engloba “todas las esferas de la intimidad y autonomía de un individuo, incluyendo su personalidad, su identidad, sus decisiones sobre su vida sexual, sus relaciones personales y familiares”. Para la CIDH:

“La orientación sexual constituye un componente fundamental de la vida privada de un individuo que debe estar libre de interferencias arbitrarias y abusivas por el ejercicio del poder público. [...] Existe un nexo claro entre la orientación sexual y el desarrollo de la identidad y plan de vida de un individuo, incluyendo su personalidad y sus relaciones con otros seres humanos”

Reiterando el posicionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la CIDH opina que la interferencia del Estado en dichas cuestiones no puede ser abusiva, pidiendo a los Estados que presenten razones fundamentalmente convincentes y de gran relevancia.

Sobre igualdad, la CIDH, opina que: “La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con

hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”.

En lo que se refiere a discriminación, la CIDH hace uso del concepto del Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas: “[] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”

La CIDH vuelve a entender que la orientación sexual estaría presente en el artículo 1.1 de la CADH bajo la expresión “**otra condición social**”, así que lo mismo debe ser interpretado y aplicado “[...] ante el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar”. Por tanto, toda la diferencia atribuida a la orientación sexual es incompatible con la CADH, debiendo el Estado probar que tal diferencia de trato es razonable, objetiva y proporcional, así como la medida debe someterse a la prueba, de forma que demuestre que no es discriminatoria. La ausencia de justificación por parte del Estado convierte su acto en “sospechoso” de discriminación en la opinión de la Comisión Interamericana.

La Corte establece una relación directa entre las obligaciones contempladas en los artículos 1.1 y 24 de la CADH, pues en el primero se prohíbe la discriminación en

el ejercicio de los derechos consagrados en el presente texto legal, mientras que la segunda disposición establece la prohibición de la discriminación en lo que se refiere no solo a los derechos enumerados en la CADH, sino también en todas las normas aprobadas por el Estado y su aplicación.

Conforme prevé la Opinión Consultiva N° 18/2003, el principio de la igualdad y el de la no discriminación fueron admitidos por la Corte IDH como normas de jus cogens, transversales al orden jurídico interno e internacional.

Respecto a las obligaciones impuestas por los derechos a la igualdad y a la no discriminación, la Corte, en el caso *Yean y Bosico vs. República Dominicana*, estableció en 2005 ciertas medidas a los Estados, que se asemejaban bastante a las previstas en las resoluciones de la OEA, y que son las siguientes: (1) abstenerse de incluir en su ordenamiento jurídico normas discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en diferentes grupos; (2) revocar las normas de carácter discriminatorio; (3) combatir las prácticas discriminatorias y (4) adoptar normas y acciones necesarias para reconocer y asegurar la efectiva igualdad de todas las personas ante la ley.

En relación a la protección de la orientación sexual por la CADH, la Corte IDH afirma que el texto legal no hace mención expresa, solamente hace referencia a la no discriminación en los artículos 1.1 y 24 de la Convención, volviéndose a resaltar que existe una profunda relación entre las dos previsiones, ya que: [...] “si un Estado discrimina el respeto o la garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe

analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana.

Al interpretar el artículo 1.1 de la CADH, el cual contemplaría la orientación sexual cuando se refiere a cualquier otra condición social “la Corte expone la interpretación evolutiva, consagrada en el artículo 29 de la CADH y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, así como la norma más favorable al ser humano, para afirmar que los criterios para la prohibición de la discriminación previstos en la Convención, no serían taxativos sino enunciativos.

Así, la expresión **“cualquier otra condición social”**, debe ser interpretada “[...] en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y en la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo [...]”

La Corte va más allá de manifestar la orientación sexual como la expresión contenida en la CADH. También declara que:

“[...] la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual [...] la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la

discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido”

4.1.4. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Los derechos económicos, sociales y culturales como elementos de la dignidad de la persona y del derecho a la vida

Los derechos económicos, sociales y culturales son y forman parte de los derechos humanos fundamentales de las personas; tienen como características su universalidad y la interdependencia con los derechos civiles y políticos, y finalmente encuentran su naturaleza jurídica en la dignidad humana.

El derecho a no sufrir discriminación es un principio básico claramente subrayado en los principales instrumentos de derechos humanos. Está incluido entre otros en:

- **Artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.**
- Los mecanismos temáticos e instancias de Naciones Unidas (**Comité de Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**) que vigilan los tratados de derechos humanos, han afirmado la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual e identidad de género. En diciembre de 2012, la Alta Comisionada de Naciones Unidas presentaba el primer informe de este organismo sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, y señaló que reconocer la igualdad de derechos de todas las personas no tiene por qué ser

controvertido, ni implica la creación de nuevos derechos o extender los derechos humanos a un nuevo territorio. Se trata de insistir en que todas las personas tienen derecho a disfrutar de los mismos derechos e igual protección del derecho internacional de los derechos humanos.

La unión civil entre personas del mismo sexo es un tema en el que se ponen en juego derechos humanos de las personas.

Amnistía Internacional, de acuerdo con las normas internacionales, cree firmemente que denegar a las personas el derecho a unirse, basándose en el sexo de sus parejas **viola el derecho a la no discriminación, el derecho de igualdad ante la ley y el derecho a casarse y formar una familia, tal y como recoge el derecho internacional.**

El derecho a casarse y a fundar una familia está reconocido en el **artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos** y en el **artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**. La posición de Amnistía Internacional es que los Estados deben proteger y garantizar este derecho, y deben abstenerse de discriminarlo por causa de orientación sexual e identidad de género. Esta postura ha sido avalada por el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**.

Negar a las parejas del mismo sexo reconocimiento en pie de igualdad impide a

muchas personas el disfrute de un amplio rango de otros derechos, estigmatiza tales relaciones y alimenta la discriminación y otros abusos en la comunidad, en las escuelas y en los hogares en contra de los derechos humanos de las minorías sexuales.

4.2. Tendencias históricas en la legislación sobre la homosexualidad.

A continuación, se muestra cada país y cada jurisdicción que ha legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo en el mundo junto a la fecha de entrada en vigor de la norma.

Los países en los que el matrimonio entre personas del mismo sexo está legalizado y reconocido en todo su territorio son veinte, además en Reino Unido y México se reconocen dichos derechos en gran parte del territorio.

- **África**
 - Francia:
 -  YT Mayotte (18 de mayo de 2013)
 -  RE Reunión (18 de mayo de 2013)
 -  TF Tierras Australes Francesas (18 de mayo de 2013)
 - Noruega:
 -  BV Isla Bouvet (1 de enero de 2009)
 - Reino Unido:
 -  SH Santa Elena, Ascensión y Tristán de Acuña (1 de enero de 2017 -):
 - Isla Ascensión (1 de enero de 2017)
 - Isla Santa Elena (por determinar)
 - Tristán de Acuña (4 de agosto de 2017)
 -  ZA Sudáfrica (30 de noviembre de 2006)

- **América**
 -  AR Argentina (22 de julio de 2010)
 -  BR Brasil (6 de enero de 2012 - 16 de mayo de 2013)
 -  CA Canadá (10 de junio de 2003 - 20 de julio de 2005)
 -  CO Colombia (28 de abril de 2016)
 - Dinamarca:
 -  GL Groenlandia (1 de abril de 2016)
 -  US Estados Unidos (17 de mayo de 2004 - 26 de junio de 2015)
 -  VI Islas Vírgenes de los Estados Unidos (9 de julio de 2015)
 -  PR Puerto Rico (13 de julio de 2015)
 - Francia:
 -  GP Guadalupe (18 de mayo de 2013)
 -  GF Guayana Francesa (18 de mayo de 2013)
 -  MQ Martinica (18 de mayo de 2013)
 -  BL San Bartolomé (18 de mayo de 2013)
 -  MF San Martín (18 de mayo de 2013)
 -  PM San Pedro y Miquelón (18 de mayo de 2013)
 -  MX México, en 13/31 estados y en el DF (8 de noviembre de 2017 -):
 - Baja California (3 de noviembre de 2017)
 - Campeche (20 de mayo de 2016)
 - Chiapas (11 de julio de 2017)
 - Chihuahua (12 de junio de 2015)
 - Ciudad de México (4 de marzo de 2010)
 - Coahuila (17 de septiembre de 2014)
 - Colima (12 de junio de 2016)

- Guerrero (25 de junio de 2015)
- Jalisco (12 de mayo de 2016)
- Michoacán (23 de junio de 2016)
- Morelos (5 de julio de 2016)
- Nayarit (23 de diciembre de 2015)
- Puebla (1 de agosto de 2017)
- Quintana Roo (3 de mayo de 2012)
- Países Bajos:
 -  BQ Caribe Neerlandés (10 de octubre de 2012)
- Reino Unido:
 -  BM Bermudas (5 de mayo de 2017)
 -  FK Islas Malvinas (13 de abril de 2017)
-  UY Uruguay (5 de agosto de 2013)
- **Asia**
- Reino Unido:
 -  IO Territorio Británico del Océano Índico (3 de junio de 2014)
-  TW Taiwán (por determinar)
- **Europa**
-  DE Alemania (1 de octubre de 2017)
-  BE Bélgica (1 de junio de 2003)
-  DK Dinamarca (15 de junio de 2012)
 -  FO Islas Feroe (1 de julio de 2017)
-  ES España (3 de julio de 2005)
-  FI Finlandia (1 de marzo de 2017)
 -  AX Åland (1 de marzo de 2017)
-  FR Francia (18 de mayo de 2013)
-  IE Irlanda (16 de noviembre de 2015)
-  IS Islandia (27 de junio de 2010)
-  LU Luxemburgo (1 de enero de 2015)

-  MT Malta (1 de septiembre de 2017)
-  NO Noruega (1 de enero de 2009)
 -  SJ Svalbard y Jan Mayen (1 de enero de 2009)
-  NL Países Bajos (1 de abril de 2001)
-  PT Portugal (5 de junio de 2010)
-  GB Reino Unido, en tres naciones constitutivas (13 de marzo de 2014 -):
 - Escocia (16 de diciembre de 2014)
 - Gales (13 de marzo de 2014)
 - Inglaterra (13 de marzo de 2014)
 -  GI Gibraltar (15 de diciembre de 2016)
 -  GG Guernsey (2 de mayo de 2017)
 -  IM Isla de Man (22 de julio de 2016)
 -  JE Jersey (por determinar)
-  SE Suecia (1 de mayo de 2009)
- **Oceanía**
- Estados Unidos:
 -  GU Guam (9 de junio de 2015)
 -  MP Islas Marianas del Norte (30 de junio de 2015)
 -  UM Islas ultramarinas de Estados Unidos (26 de junio de 2015)
- Francia:
 -  NC Nueva Caledonia (18 de mayo de 2013)
 -  PF Polinesia Francesa (18 de mayo de 2013)
 -  WF Wallis y Futuna (18 de mayo de 2013)
-  NZ Nueva Zelanda (19 de agosto de 2013)
- Reino Unido:
 -  PN Islas Pitcairn (14 de mayo de 2015)

CAPÍTULO V

JURISPRUDENCIA DEL DERECHO EUROPEO EN RELACION A LAS PERSONAS DEL MISMO SEXO.

El reconocimiento legal de la identidad de género.

Las primeras sentencias en las que el Tribunal se pronunció sobre los derechos de las personas transgénero fueron *Rees c. Reino Unido* y *Cossey c. Reino Unido* adoptadas en 1986 y 1990, respectivamente. En ambos asuntos, los demandantes habían solicitado la rectificación de la inscripción registral para reflejar su nueva identidad sexual. Sin embargo, los jueces de Estrasburgo estimaron que la negativa de las autoridades británicas a modificar el registro civil para los transexuales que lo solicitaran no podía considerarse como una injerencia del Estado en la vida privada del individuo. Con el fin de justificar semejante posicionamiento, el Tribunal constató la ausencia de un consenso en la comunidad científica y en los ordenamientos jurídicos de los países del Consejo de Europa sobre el estatus legal de los transexuales. Por consiguiente, se creyó obligado a actuar con prudencia en dicha materia, y reconoció un amplio margen de apreciación a las autoridades nacionales. Sin embargo, en el año 2002 las sentencias en los casos *Christine Goodwin c. Reino Unido* e *I. c. Reino Unido* produjeron un importante vuelco en la jurisprudencia del Tribunal en la materia. En ellas, el Tribunal consideró que la negativa de las autoridades británicas a reconocer legalmente la nueva identidad sexual de las solicitantes, así como a cambiar sus documentos de identidad para adecuarlos a su nueva condición transgénero, representaba una intromisión injustificada en su vida privada y, en consecuencia, una violación del art. 8 CEDH. En el caso *Goodwin*, la demandante era una persona transexual que, pese a vivir en sociedad como mujer, continuaba siendo considerada como hombre a efectos legales. Esto se debía a que los certificados de nacimiento en el Reino Unido estaban basados únicamente en criterios biológicos y no podían ser modificados tras la operación de reasignación de sexo. La demandante alegó ante el Tribunal que la falta de reconocimiento legal de su nueva identidad de género le había supuesto graves inconvenientes en ámbitos como su entorno laboral, la cotización a la seguridad social y el cobro de pensiones. Además, puesto que el matrimonio entre personas del mismo sexo no estaba permitido en el Reino Unido, había conllevado igualmente la

imposibilidad de contraer matrimonio con una persona del sexo opuesto al de su nueva identidad sexual.

La identidad sexual es considerada como uno de los aspectos más importantes, delicados, discutidos y complejos de la identidad personal. La identidad sexual constituye un elemento de la identidad personal en la medida que la sexualidad se halla presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto. Es por ello que no puede prescindirse de su tratamiento cuando se hace referencia a la identidad personal.

En los últimos tiempos se le viene considerando, acertadamente, como una **dimensión del ejercicio de la libertad personal**, de la **protección de la salud**, entendida ésta dentro del amplio concepto de **bienestar integral**, y de la afirmación de la **identidad persona**.²³

De modo similar, en I. c. Reino Unido la demandante alegó que no le había resultado posible realizar estudios ni solicitar trabajo sin verse obligada a revelar su anterior identidad de género, al ser necesario presentar en estos supuestos el certificado de nacimiento. Por ello, arguyó que la continuidad del estatus legal de su identidad previa a la operación de reasignación sexual violaba el derecho al respeto de su vida privada.

Como resultado, el Tribunal concluyó que el Gobierno británico ya no podía escudarse en su margen de apreciación para seguir manteniendo a los transexuales en una situación anómala, y consideró que se había producido una violación del derecho a la vida privada contemplado en el art. 8 CEDH.

²³ CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO. "SEXUALIDAD Y BIOÉTICA LA PROBLEMÁTICA DEL TRANSEXUALISMO"

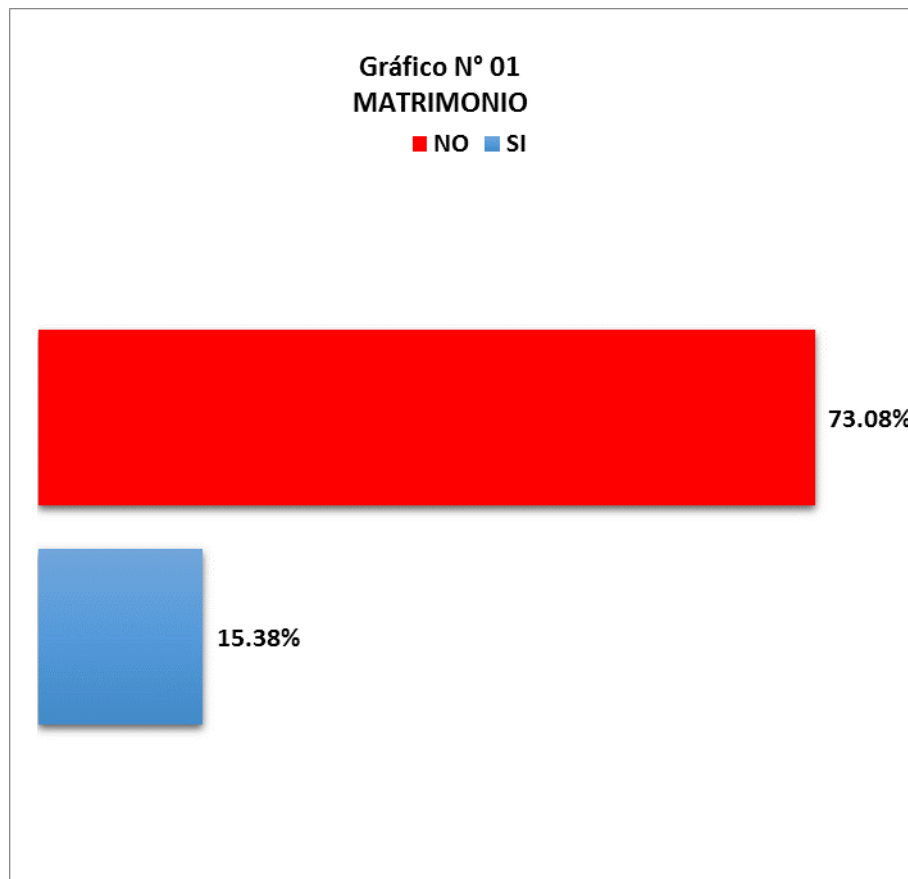
TITULO III

3.1. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE O LOS INSTRUMENTO UTILIZADOS

I. RESULTADOS:

1.1. *¿Está de acuerdo con el Matrimonio entre personas del mismo sexo?*

ALTERNATIVA	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	4	15.38%
NO	19	73.08%
TOTAL	26	100%

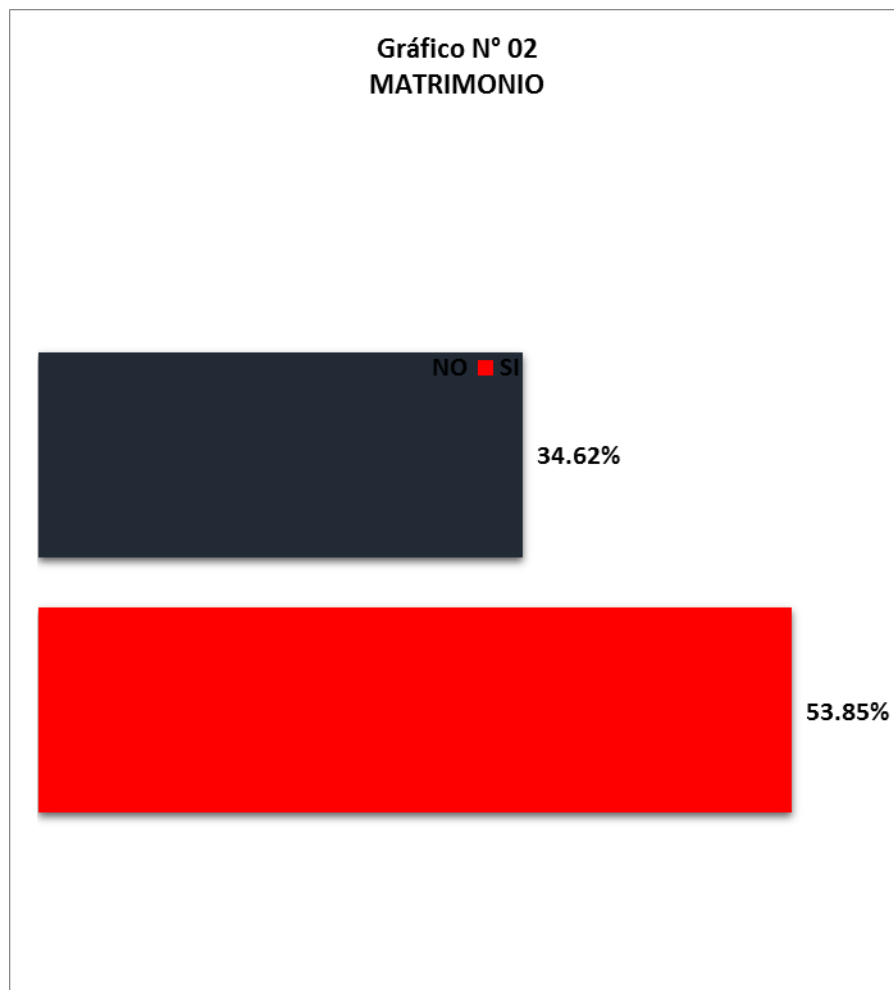


Fuente: La Autora

COMENTARIO: De todos encuestados con relación al Matrimonio entre personas del mismo sexo. Encuestados varones. Y en el resultado de las gráficas N° (1.1) podemos valorar que un 73.08% de los encuestados no están de acuerdo. El 15.38% de los encuestados si están de acuerdo.

1.2. *¿Está de acuerdo con el Matrimonio entre personas del mismo sexo?*

ALTERNATIVA	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	14	53.85%
NO	9	34.62%
TOTAL	26	100%

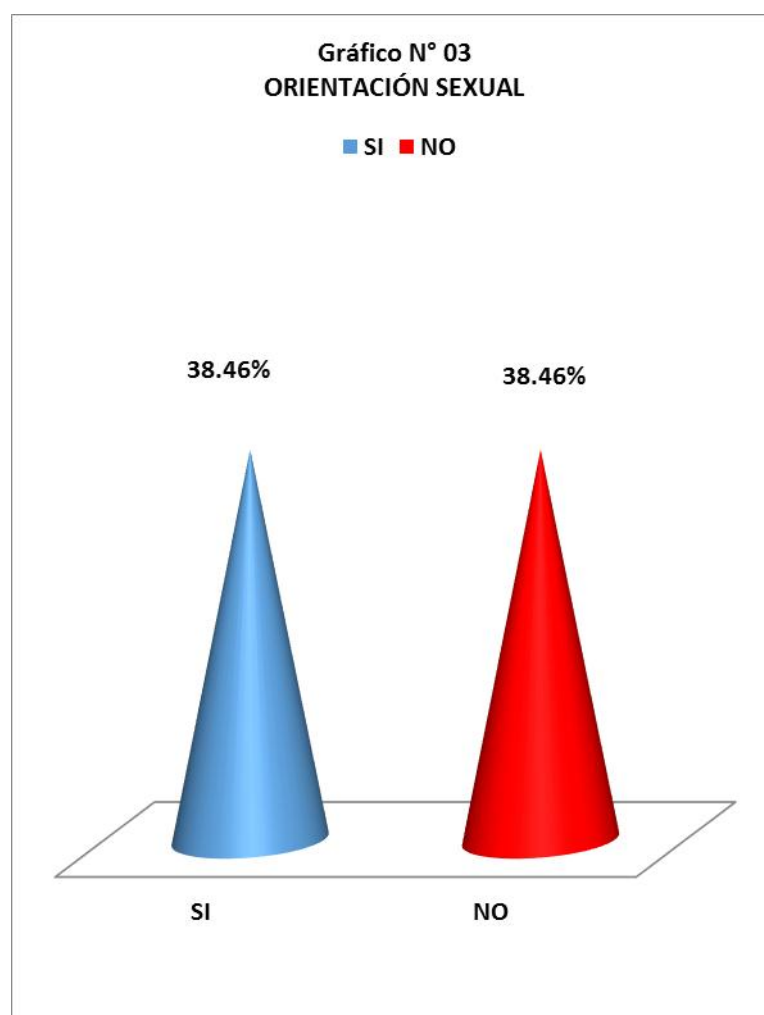


Fuente: La Autora

COMENTARIO: De todos encuestados con relación al Matrimonio entre personas del mismo sexo. Encuestados Mujeres. Y en el resultado de las gráficas N° (1.2) podemos valorar que un 53.85% de los encuestados si están de acuerdo. El 34.63% de los encuestados no están de acuerdo.

1.3. ¿Cree usted que en los Colegios se imparten temas de orientación sexual?

ALTERNATIVA	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	10	38.46%
NO	10	38.46%
TOTAL	26	100%

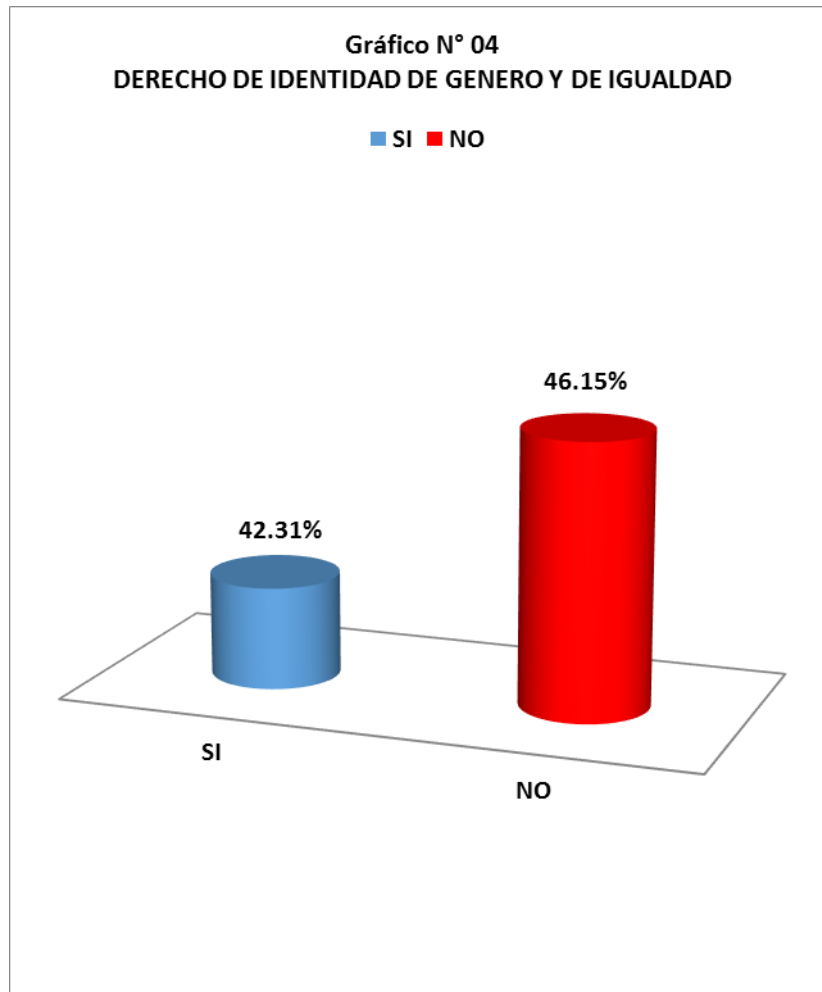


Fuente: La Autora

COMENTARIO: De todos encuestados con relación al tema de Orientación Sexual. Encuestados Hombres y Mujeres. En el resultado de las gráficas N° (1.3) podemos valorar que el 38.46% de los encuestados Varones si tienen conocimiento que en las Escuelas se imparten temas relacionados a la orientación sexual. También un 38.46% de los encuestados Mujeres si tienen conocimiento que en las Escuelas se imparten temas relacionados a la orientación sexual.

1.4. *¿En tu formación escolar recibiste información, en relación al Derecho de Identidad de Género y Derecho de Igualdad?*

ALTERNATIVA	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	11	42.31%
NO	12	46.15%
TOTAL	26	100%

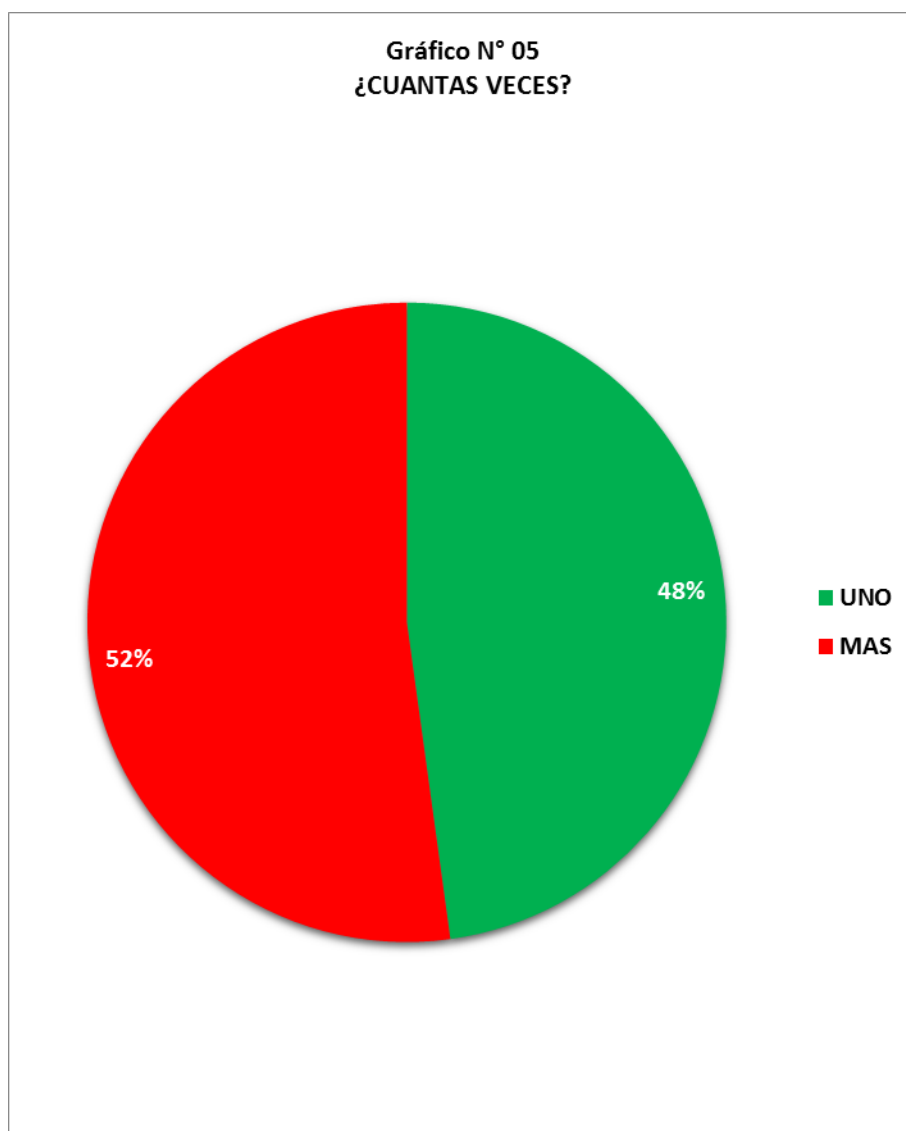


Fuente: La Autora

COMENTARIO: De todos los encuestados con relación al Derecho de Identidad de Género y Derecho de Igualdad. Encuestados Hombres y Mujeres. En el resultado de las gráficas N° (1.4) podemos valorar que un 46.15% de los encuestados no recibieron información. El 42.15% de los encuestados si recibieron información.

1.5. *¿Cuántas veces vio a una pareja del mismo sexo en tu comunidad, viviendo juntos?*

ALTERNATIVA	CANTIDAD	PORCENTAJE
UNO	11	48%
MAS	12	52%
TOTAL	26	100%

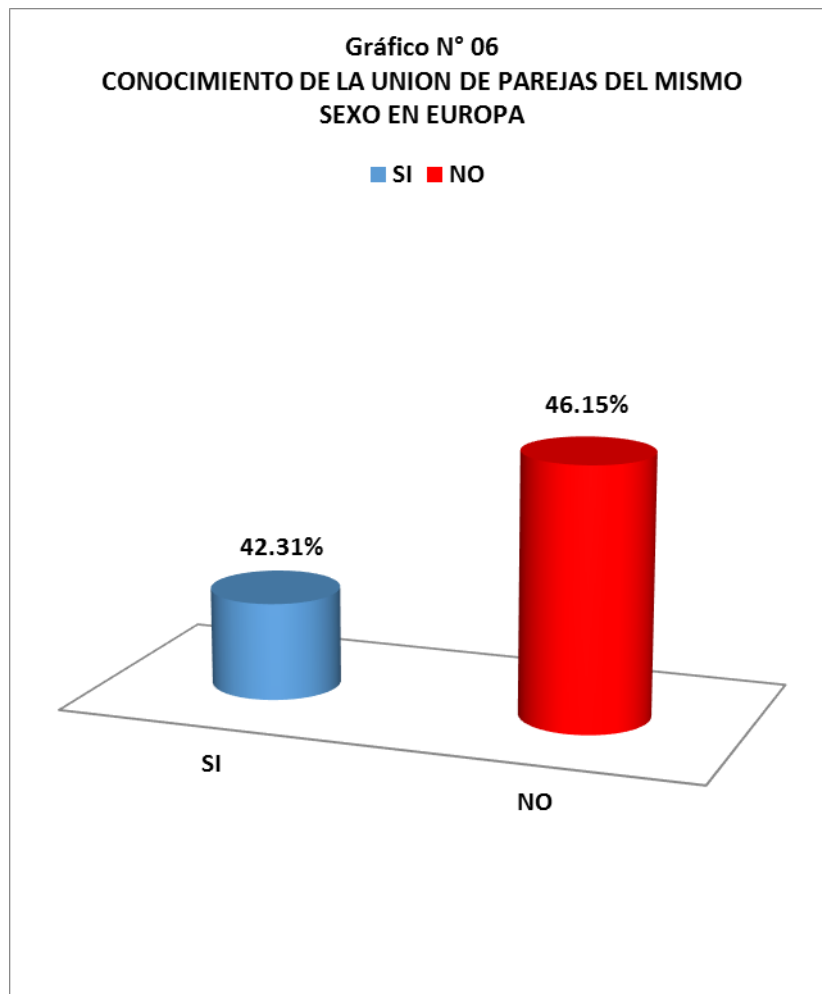


Fuente: La Autora

COMENTARIO: De todos los encuestados con relación a la veces que vio a una pareja del mismo sexo, viviendo juntos. Encuestados Hombres y Mujeres. En el resultado de las gráficas N° (1.5) podemos valorar que más de un 52% de los encuestados vieron a una pareja juntos conviviendo. El 48% de los encuestados no vieron.

1.6. *¿Tienes conocimiento que en Europa ya se reconoce legalmente la unión de una pareja del mismo sexo?*

ALTERNATIVA	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	11	42.31%
NO	12	46.15%
TOTAL	26	100%

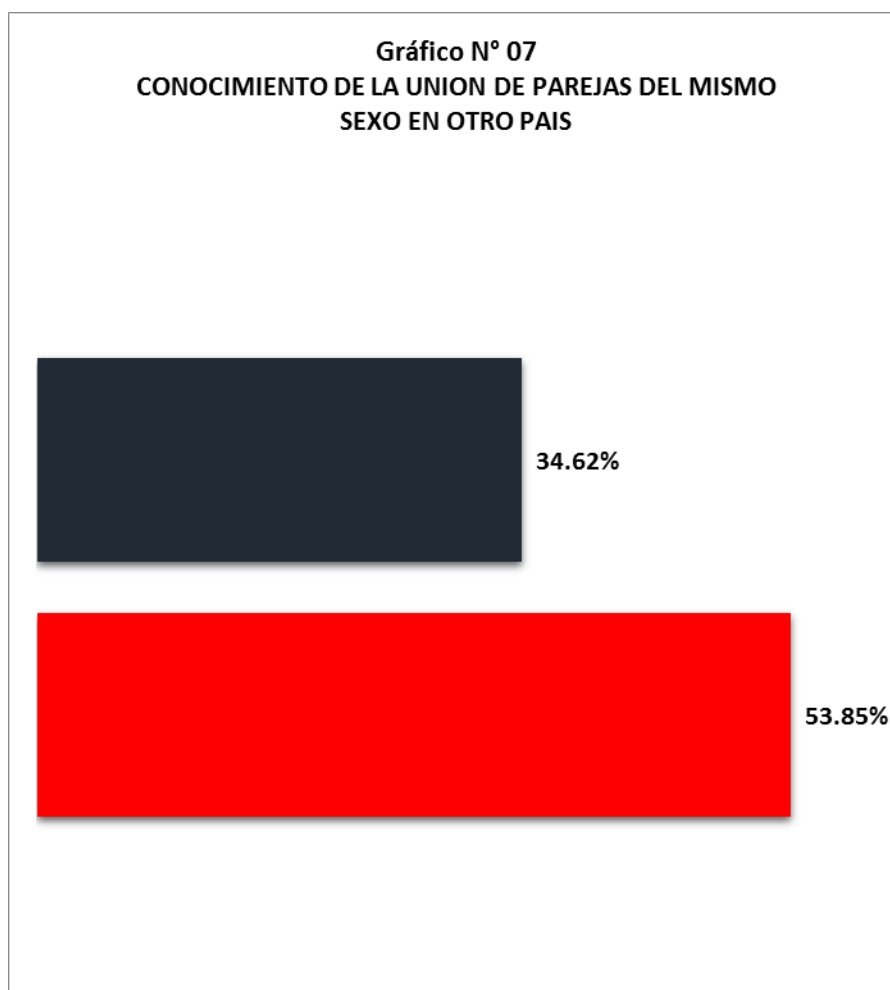


Fuente: La Autora

COMENTARIO: De todos los encuestados con relación al Conocimiento Legal de la unión de parejas del mismo sexo en Europa. Encuestados Hombres y Mujeres. En el resultado de las gráficas N° (1.6) podemos valorar que un 46.15% de los encuestados no tenían conocimiento. El 42.31% de los encuestados si tenían conocimiento.

1.7.¿Tienes conocimiento que en Colombia, Argentina, México ya se reconoce legalmente la unión de una pareja del mismo sexo?

ALTERNATIVA	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	9	34.62%
NO	14	53.85%
TOTAL	26	100%

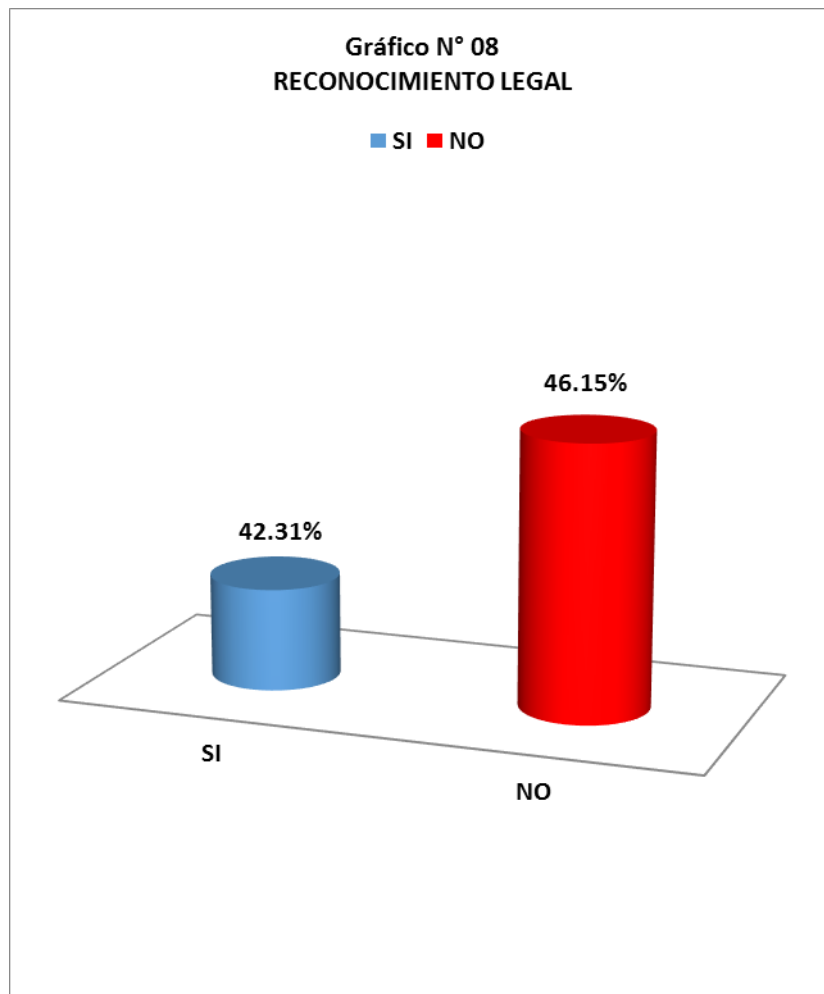


Fuente: La Autora

COMENTARIO: De todos los encuestados con relación al Conocimiento Legal de la unión de parejas del mismo sexo en otro país. Encuestados Hombres y Mujeres. En el resultado de las gráficas N° (1.7) podemos valorar que un 53.85% de los encuestados no tenían conocimiento. El 34.62% de los encuestados si tenían conocimiento

1.8. *¿Estarías de acuerdo que se reconoczca legalmente la unión de una pareja del mismo sexo?*

ALTERNATIVA	CANTIDAD	PORCENTAJE
SI	11	42.31%
NO	12	46.15%
TOTAL	26	100%



Fuente: La Autora

COMENTARIO: De todos los encuestados con relación al reconocimiento legal de la unión de parejas del mismo sexo. Encuestados Hombres y Mujeres. En el resultado de las gráficas N° (1.8) podemos valorar que un 46.15% de los encuestados no están de acuerdo. El 42.31% de los encuestados si están de acuerdo.

- 1.9. CUMPLIMIENTO DEL RESPETO AL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY DENTRO DE UN CENTRO EDUCATIVO: Se observó que no se cumple con el respeto a la Igualdad.
- 1.10. DIFUSION DE LO QUE SE ENTIENDE POR DERECHO DE IGUALDAD COMO PERSONA, IDENTIDAD DE GENERO Y ORIENTACION SEXUAL. Se observó que dentro de una Sociedad no se cumplen con la difusión.
- 1.11. DISCRIMINACION POR RAZON SE SEXO.- Se observó que si existe y no se tolera la unión entre personas del mismo sexo.
- 1.12. SE RECONOCE EL DERECHO DE IGUALDAD QUE EL HOMBRE Y LA MUJER TIENEN DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO CON PLENA IGUALDAD JURÍDICA, SIN DISTINCIÓN DE SEXO.- Se observa aún existe tendencia moralista.
- 1.13. LAS MUJERES ESTAN DE ACUERDO AL RECONOCIMIENTO DE LA UNION DE PAREJA DEL MISMO SEXO. Se observa que son más sensibles al tema y la mayoría están de acuerdo.
- 1.14. LOS VARONES ESTAN DE ACUERDO AL RECONOCIMIENTO DE LA UNION DE PAREJA DEL MISMO SEXO. Se observa que la mayoría no están de acuerdo, existiendo tendencia machista.

ENCUESTA

1.1. *¿Está de acuerdo con el Matrimonio entre personas del mismo sexo? – Dirigido a Varones.*

1.2. *¿Está de acuerdo con el Matrimonio entre personas del mismo sexo? – Dirigido a Mujeres.*

1.3. *¿Cree usted que en los Colegios se imparten temas de orientación sexual?*

1.4. *¿En tu formación escolar recibiste información, en relación al Derecho de Identidad de Género y Derecho de Igualdad?*

1.5. *¿Cuántas veces vio a una pareja del mismo sexo en tu comunidad, viviendo juntos?*

1.6. *¿Tienes conocimiento que en Europa ya se reconoce legalmente la unión de una pareja del mismo sexo?*

1.7. *¿Tienes conocimiento que en Colombia, Argentina, México ya se reconoce legalmente la unión de una pareja del mismo sexo?*

1.8. *¿Estarías de acuerdo que se reconozca legalmente la unión de una pareja del mismo sexo?*

1.9. *¿Cumplimiento del respeto al principio de igualdad ante la ley dentro de un centro educativo?*

1.10. *¿Difusión de lo que se entiende por derecho de igualdad como persona, identidad de género y orientación sexual.*

1.11. *¿Discriminación por razón de sexo?*

1.12. *¿Se reconoce el derecho de igualdad que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, sin distinción de sexo?*

1.13. *¿Las mujeres están de acuerdo al reconocimiento de la unión de pareja del mismo sexo?*

1.14. *¿Los varones están de acuerdo al reconocimiento de la unión de pareja del mismo sexo?*

PRESENTACIÓN DEL MODELO TEÓRICO.

VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES	SUB INDICADORES	INDICES
Matrimonio Igualitario	Naturaleza Jurídica del Matrimonio.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Respeto de su Dignidad. ▪ Respeto a su Identidad ▪ Respeto a la Igualdad ante la Ley. ▪ Derecho a no ser discriminado por motivo de sexo o de cualquier otra índole. ▪ El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles. 	Derecho que tiene toda persona a gozar de los derechos civiles.
			Derecho a la Igualdad.
	Matrimonio como contrato.	Ius connubii.	Derecho de elección del cónyuge .
		Lex superior.	Igualdad Jurídica.
			Derecho a que el matrimonio sea reconocido, protegido y conservado por el ordenamiento jurídico, Tratados Internacionales y Derecho Comparado (Comunidad Europea)

VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES	SUB INDICADORES	INDICES
➤ Derecho de la Orientación Sexual. ➤ Derecho de la Identidad de Género.	➤ Derecho a la igualdad. ➤ Derecho a su propia identidad. ➤ Derecho a la no discriminación.	Normatividad vigente. Art. 234° C.C.	Derecho Europeo
			Código Civil.
			Expedientes Tramitados.
		Reforma Legal.	Proyectos Legislativos.
			Comunidad Europea

CONCLUSIONES

El primer país que legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo fue Holanda en el año 2000. En Sudamérica ha sido aprobado en **Argentina, Brasil, Uruguay y Colombia**, aunque con distintas denominaciones. Estados Unidos y México se sumaron a esta lista el 2015 y el 2006, respectivamente.

Es evidente que la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género son componentes fundamentales de la vida privada de del individuo, susceptible de protección. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha enfatizado que el derecho a la vida privada garantiza esferas de la intimidad que ni el Estado ni nadie puede invadir, tales como la capacidad para desarrollar la propia personalidad y determinar su propia identidad, así como campos de actividad de las personas que son propios y autónomos de cada quien, tales como sus decisiones, sus relaciones interpersonales y familiares y su hogar.

En **Latinoamérica**, actualmente el matrimonio entre personas del mismo sexo **se encuentra plenamente reconocido en las legislaciones de Argentina, Uruguay, Brasil y México** (en algunos estados). Lo mismo pasa en **España**, nación pionera en este sentido, que ya desde 2005 lo aceptaba.

Por su parte, en países como **Colombia, Chile o Ecuador**, pese a ser reconocida la **unión civil entre personas del mismo sexo**, aún no existen leyes que legislen directamente sobre este asunto. Mientras que en otros países de América Latina, como Bolivia o Paraguay, aún se encuentra prohibido el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Pese a que el matrimonio igualitario es causa de innumerables polémicas en todo mundo, el siglo XXI, en este sentido, ha sido una época de verdaderos avances. Así, países como Holanda, Bélgica, Canadá, Sudáfrica, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia, Dinamarca, Nueva Zelanda, Francia, Reino Unido (salvo Irlanda del Norte), Luxemburgo, Estados Unidos, Finlandia, Eslovenia e Irlanda, aprueban el matrimonio igualitario.

Por otro lado, aunque son aprobadas las uniones entre personas del mismo sexo en estos países, la situación no es igual en relación con la conformación de una

familia, pues en algunos lugares permanece la negativa ante la **adopción de niños** por parte de matrimonios homosexuales.

Síntesis:

- Reconocer la naturaleza jurídica del Matrimonio como contrato.
- Reconocer al ius connubii, como un derecho de elección del cónyuge y el derecho a que el matrimonio sea reconocido, protegido y conservado por el ordenamiento jurídico.
- Reconocer que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, sin distinción de sexo.
- Reconocimiento de los derechos relativos a la orientación de género y a la libertad sexual, otorgándose programas a nivel del Gobierno de Turno dirigidos a los centros educativos mediante la reforma educativa, Municipalidades u otros programas abiertos al Público, con la finalidad de concientizar los temas de Derecho de Género, Orientación Sexual e Identidad de Género, como pilares fundamentales de elección de toda persona, basado en el Principio de Igualdad ante la Ley.
- Reconocimiento del Derecho de la Orientación Sexual como precedente importante para el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo.
- Reconocimiento del Derecho de la Identidad de Género como precedente importante para el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo.
- El principio constitucional del Derecho a la Igualdad.
- Reconocer que frente a una **Antinomia Jurídica o Legal**, se debe aplicar las reglas o principios que deben de ser aplicados para resolver dicha contradicción. La "Lex superior"

RECOMENDACIONES

.Nuestro Código Civil data del año 1984, momento en el cual era inimaginable pensar en una institución como la del matrimonio de personas del mismo sexo, por lo que ahora merece cambios importantes adaptados a la realidad. Nuestro Código Civil no se adecua a nuestra Constitución.

Reconocer la validez constitucional en el Perú de un matrimonio entre personas del mismo sexo, no es fácil si lo apreciamos desde un punto de vista moral. La Constitución ni los tratados amparan la restricción establecida en el Código Civil sobre estas uniones.

La Unión Civil del mismo sexo o Matrimonio Igualitario, son temas de alto contenido moral y ético. Existen mecanismos para hacer prevalecer los derechos que emergen de la unión civil o matrimonio igualitario como por ejemplo los bienes que compran dos personas con su esfuerzo son bienes que están en copropiedad y las personas que viven juntas en estas circunstancias deben registrarlos a nombre de los dos. Y en un testamento se puede favorecer a la persona que uno quiere respetando los límites que establece la ley.

Es verdad que no es todo, ¿puede haber más derechos? Claro que sí, pero es un tema que debe discutirse con tranquilidad y sin apasionamientos. El país está siendo sometido a que el tema se maltrate y al ser un tema de derechos humanos no debe maltratarse.

Se deben dar reformas legislativas, que no colisionen con la integridad y armonía del Código Civil, y que perfectamente los derechos que se piden reconocer podrían ser incluidos en otras normas de la legislación, incluyendo tres o cuatro párrafos al Código Civil, y otras a nuestra propia constitución.

Actualmente los estados civiles son **solteros, casados, viudos y divorciados**. Se agregaría un quinto y nuevo estado: **“la unión civil no matrimonial, o, el Matrimonio Igualitario”**. Además, **proponer reformas legislativas le dará a los beneficiados involucrados en el tema derechos de los que tienen hoy los concubinos**, tema de armonía en la legislación con lo que hay para estas personas (heterosexuales) y que en otras legislaciones a nivel Europeo y algunos

países en América Latina, ya no es ninguna novedad, por existir reconocimiento fundamentado en el Principio de Igualdad

Modificación del artículo 234° del Código Civil, que actualmente establece el concepto de matrimonio como "la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella".

La nueva norma propone retirar los términos "varón" y "mujer" de dicho artículo para definir al matrimonio como la unión entre "dos personas legalmente aptas para ella". Asimismo, el proyecto de ley también determina que "en ningún caso" se puede negar el reconocimiento legal de los matrimonios igualitarios celebrados en el extranjero

Por consiguiente, la identidad sexual debe ser reconocida como un derecho personalísimo que debe recibir la máxima protección del Estado, a la luz de lo normado en nuestra Constitución Nacional. Este último abre el panorama al ámbito internacional, como por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 1 y 2), Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2.2 igualdad de derechos contra toda discriminación), etc.

Por ello consideramos imperativo el dictado de normas que brinden la seguridad jurídica y el marco normativo necesario para una adecuada protección.

Es innegable que se han sucedido avances en materia jurisprudencial y doctrinaria que han tratado de "abrazar" las diferentes situaciones que se han ido generando en la sociedad, sobre todo en el continente Europeo. Tales pronunciamientos y opiniones se constituyen como la única fuente de reconocimiento y extensión de los derechos, pudiendo ser un puntapié inicial para una futura labor legislativa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. LIBROS:

- 1) **ABADI, José Eduardo**, Identidad sexual, Revista Derecho de Familia N°37 Ed. Lexis Nexis Año 2007.
- 2) **Abelenda, Cesar Augusto**. *Derecho Civil, Parte General*. Tomo I, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires. 1980.
- 3) **Abelenda, Cesar Augusto**. *Derecho Civil, Parte General*. Tomo II, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires. 1980.
- 4) **Antonella Scibona**. “Las Tesinas de Belgrano” – Efectos Patrimoniales de las Uniones de Hecho Homosexuales. Universidad de Belgrano. Departamento de Investigaciones, Octubre 2010.
- 5) **Azpiri, Jorge** (1999), Reflexiones sobre las cuestiones patrimoniales emergentes de una unión derecho homosexual, Hamurabi SRL, Buenos Aires.
- 6) **Belluscio, Augusto Cesar** (2006), Manual de derecho de familia, Astrea, Buenos Aires.
- 7) **BELLUSCIO, Augusto C.** Los transexuales y el matrimonio. Revista Derecho de Familia N° 37 Ed. Lexis Nexis Año 2007.
- 8) **Código Civil de la República Argentina** (2009). Abeledo Perrot, Argentina.
- 9) **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos**, Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual, JA, 1999-IV-889; El derecho a la identidad personal, LA LEY1990-D, 1248.
- 10) **FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia**, Transexualismo y derecho al nombre, por La Ley, 08/10/2008, N° 194
- 11) **Gelli, María Angelica** (2004), Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, La Ley, Buenos Aires.
- 12) **Gerlero, Mario Silvio, Coord./Comp. y otros** (2007): Odile Pedrido “Reparo de la identidad de Gays –Lesbianas –Trans (GLT) *EN EL Área jurídica*”. Capítulo II. Libros Jurídicos. Buenos Aires.

- 13) **GHERSI, Carlos A. y BENÍTEZ, Elsa**, El derecho personalísimo a la identidad sexual, JA, 1998-III-1085;
- 14) **Grisolia, Julio Armando** (2007), Manual de Derecho Laboral, Lexis Nexis, Buenos Aires.
- 15) **IGNACIO, Graciela**, Transexualismo, cambio de sexo y derecho de contraer matrimonio, JA, 1999-I-867;
- 16) **Josserand, Louis. *Derecho Civil***. Tomo I, Volúmenes 1 y 2; Tomo II, Volúmenes 1 y 2; Tomo III, Volúmenes 1, 2 y 3. Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y cía editores, Buenos Aires, 1952
- 17) **Losing, Norbert** (1999), ¿Discriminación o diferenciación? Los derechos humanos de las parejas del mismo sexo, en el derecho de familia y los nuevos paradigmas, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- 18) **Mazeaud, Henri Y León. *Lecciones De Derecho Civil***. Parte Primera. Volumen 1 Y 2. Ediciones Jurídicas Europa - América. Buenos Aires, 1959
- 19) **Mizrahi, Mauricio Luis** (2006), Homosexualidad y Transexualismo, Astrea, Buenos Aires.
- 20) **Medina, Graciela** (2001), Los homosexuales y el Derecho a contraer Matrimonio, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe.
- 21) **Medina, Graciela** (2001), Uniones de Hecho-Homosexuales, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe.
- 22) **MEDINA, Graciela, Transexualidad. Evolución** jurisprudencial en la Corte Europea de Derechos del Hombre, LA LEY, 2000-A-1024, y "¿Qué efectos jurídicos produce el cambio de sexo?", JA, 2001-IV-44
- 23) **Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés***. Tomos I – XI, Casa editorial Cultural S.A.. Habana, 1936
- 24) **Rodríguez Piñeres, Eduardo. *Derecho Civil Colombiano***. Tomo I. Biblioteca jurídica Diké. Medellín. 1990.
- 25) **Rodríguez Piñeres, Eduardo. *Derecho Civil Colombiano***. Tomo II. Biblioteca jurídica Diké. Medellín. 1990
- 26) **SABELLI, Héctor E.**, Derecho y transexualidad, LA LEY, suplemento de derecho constitucional del 15/7/2002.

- 27) **SIVERINO BAVIO, Paula**. Propuestas de regulación de las uniones homoafectivas en el Perú: ¿matrimonio igualitario o unión civil? Gaceta Constitucional. Tomo 32 Lima: Gaceta Jurídica, agosto 2010.
- 28) Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil*, Parte General y Personas. Tomo I, 11ª ed., Editorial Temis S.A., Bogotá. 1987
- 29) **Vélez, Fernando**. *Estudio Sobre Derecho Civil Colombiano*. Imprenta Del Departamento. Medellín, 1898
- 30) **Zanoni, Eduardo** (2002), *Derecho Civil – Derecho de Familia*, Astrea, Buenos Aires.

2. ARTICULOS:

- a) **RECONOCIMIENTO LEGAL DE LAS UNIONES HOMOSEXUALES**.
Con comentario de reciente fallo que admite su eficacia en Uruguay.
Por: Dr. Carlos Álvarez Cozzi. Profesor Titular de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Económicas y de Administración. Universidad de la República, Uruguay. Profesor Adjunto de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho. Universidad de la República, Uruguay.
- b) **Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual**, en JA 1999IV889. Sassarego.
- c) **Informe de la Asociación Internacional de Gays y Lesbianas (Ilga)** sobre la homofobia en el mundo.
- d) **"Los transexuales y el matrimonio"** Augusto C. Belluscio, Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, fascículo 37, Ed. Lexis Nexis, Año 2007, pág. 9
- e) **"Bioética, libertad sexual y derecho"** Graciela Medina, www.gracielamedina.com.
- f) **"Los transexuales y el matrimonio"** Augusto C. Belluscio, Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, fascículo 37, Ed. Lexis Nexis, Año 2007, pág. 10.
- g) Fernández Sessarego, Carlos - **BIOÉTICA, DERECHOS PERSONALÍSIMOS** Fuente: JA 2008IV1065.

2. INTERNET:

1. www.eldial.com
2. www.gracielamedina.com
3. www.robertexto.com
4. www.bioeticaclinica.com.ar
5. www.wikipedia.com.ar
6. www.sigla.com.ar
7. www.diariolarepublica.com.ar

PROYECTO DE LEY

LEY DE LA UNION ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO PARA HACER VIDA EN COMUN HACIA UN RECONOCIMIENTO AL DERECHO IGUALITARIO

Artículo 1.- Modificación del artículo 234° del código civil.

Modifíquese el artículo 234° del código civil.

LA UNIÓN CONCERTADA PARA HACER VIDA EN COMUN COMO FUENTE GENERADORA DEL MATRIMONIO

Artículo 234°.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por dos personas legalmente aptas para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este código, a fin de hacer vida en común.

La unión concertada entre personas del mismo sexo como reconocimiento al Derecho Igualitario, se asemeja al matrimonio sólo para efectos de su inscripción en Registros Civiles reconociéndose la vida en común mediante escritura pública otorgada por Notario Público, para otorgar derechos sucesorios más no derechos de adopción.

Dicha expresión de voluntad deberá ser plena y de libre consentimiento, expresados personalmente por ambas personas. Asimismo, se protege su derecho de orientación sexual e identidad de género a efecto de no restringir y excluir su derecho a la igualdad ante la ley.

Artículo 2.- Aplicación de la ley.-

Todas las referencias a la Institución del matrimonio y la unión concertada para hacer vida en común que contiene el ordenamiento se entenderán aplicables tanto al matrimonio formalmente constituido como la unión concertada por personas del mismo sexo y la unión entre personas de distinto o mismo sexo con la finalidad de hacer vida en común.

Artículo 3.- Vigencia de la ley.

La presente Ley entrara en vigencia al día siguiente de su publicación.

Lima, 30 de marzo del 2018.

EXPOSICION Y MOTIVOS:

El presente proyecto de ley pretende modificar el código civil, en el artículo que regula el matrimonio y la unión de hecho, con la finalidad de restringir todo tipo de interpretación que afecte el Derecho de Igualdad que tiene toda persona de hacer vida en común sin ningún tipo de discriminación, acorde con un Estado Social y Democrático de Derecho, sustentados por nuestra Constitución Política del Perú en su Art. 1° que señala: “La defensa de la persona humana y el **respeto de su dignidad** son el fin supremo de la sociedad y del Estado” concordante con el Art. 2° que dice: “A la **igualdad ante la ley**. *Nadie debe ser discriminado por motivo de* origen, raza, **sexo**, idioma, religión, opinión, condición económica o **de cualquiera otra índole**.” [Lo negreado y subrayado es nuestro]. En tal sentido, es fundamental que se reconozca el derecho que tiene toda persona humana de hacer vida en común y se reconozca como tal, ya que: “todos son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación alguna a igual protección de la ley”. El **principio de igualdad** y de **no discriminación por razón de sexo** es una obligación de derecho internacional general, que vincula a todas las naciones y, dado su carácter primordial, se establece siempre como un principio que debe inspirar el resto de los derechos fundamentales.

La iniciativa ha sido elaborada teniendo presente el Derecho Constitucional nacional y comparado, Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

FUNDAMENTACION:

1. Principios y Derechos Fundamentales.

Nuestra Constitución Política del Perú, señala en su Art. 1° que toda persona y el respecto de su DIGNIDAD son el fin supremo de la Sociedad y del Estado. Art. 2°, señala que toda persona tiene derecho a su identidad (inciso 1) A la Igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de sexo o de cualquier otra índole (inciso 2). Nuestro Código Civil, en su artículo 3° señala que toda persona tiene el goce de los derechos civiles. Art. 4° refiere que el varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles. En caso de hacer vida en común, sin importar el sexo, se asemeja al Matrimonio con iguales deberes y

derechos, y no se tendría que hacer distinción debido al sexo u orientación sexual para efectos de su reconocimiento ante los Registros Civiles para otorgar solo derechos sucesorios mas no derecho de adopción.

1.1.-**Derecho a la igualdad**, para reconocimiento de hacer vida en común semejante al matrimonio, entre personas del mismo sexo, preparando el camino para erradicar la discriminación en dichas uniones del mismo sexo como parte del reconocimiento al derecho igualitario.

1.2.- El **principio de igualdad ante la ley** es el que establece que todos los hombres y mujeres son iguales ante la ley, En el ámbito constitucional el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. **La primera** de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que **la segunda** implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes.

1.3.- **Igualdad de Género, con la unión para hacer vida en común entre personas del mismo sexo se crea un nuevo estado civil.** Se deben otorgar derechos a las personas del mismo sexo que hagan vida en común concertadas y reconocidas mediante escritura pública Notarial, desde el momento de su inscripción en los Registros Civiles para efectos sucesorios, planteándose reformas legislativas al respecto y partiendo del Derecho Igualitario. Lo que se busca es armonizar el principio de igualdad, que está amparado por la Constitución, en busca del reconocimiento de la unión entre personas del mismo sexo para hacer vida en común semejante con el matrimonio, que hoy solo es exclusivo para las personas heterosexuales.

1.4.- **Derecho de Identidad de Género**, la identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea

libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

1.5.- Igualdad de Género según la UNESCO, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), la cual ha compartido un informe sobre igualdad de género, en donde también se define claramente la equidad de género.

Igualdad de género:

Es "la igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades de mujeres y hombres, y niñas y niños. La igualdad no significa que las mujeres y los hombres sean lo mismo, sino que los derechos, responsabilidades y oportunidades no dependen del sexo con el que nacieron. La igualdad de género supone que se tengan en cuenta los intereses, las necesidades y las prioridades tanto de las mujeres como de los hombres, reconociéndose la diversidad de los diferentes grupos de mujeres y de hombres".

Género:

"Por 'género' se entienden las construcciones socioculturales que diferencian y configuran los roles, las percepciones y los estatus de las mujeres y de los hombres en una sociedad.

Equidad de género:

Es "la imparcialidad en el trato que reciben mujeres y hombres de acuerdo con sus necesidades respectivas, ya sea con un trato igualitario o con uno diferenciado pero que se considera equivalente en lo que se refiere a los derechos, los beneficios, las obligaciones y las posibilidades.

2.- Orientación sexual.

La orientación sexual es una atracción emocional, romántica, sexual o afectiva duradera hacia otros. Se distingue fácilmente de otros componentes de la sexualidad que incluyen sexo biológico, identidad sexual (el sentido psicológico de ser hombre o mujer) y el rol social del sexo (respeto de las normas culturales de conducta femenina y masculina).

2.1- Derecho a la orientación sexual e identidad de género.

En el año 2008, la Asamblea General de la OEA adoptó, por primera vez en su historia y en el marco del 38º periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General, una resolución dedicada a los derechos humanos y su vinculación con la

orientación sexual e identidad de género, a saber, la [AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08)] “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”. Entre otros puntos, mediante esta resolución los Estados miembros manifestaban su preocupación por los actos de violencia y violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación e identidad de género.

2.2.- Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género: ¿Qué dice la ONU? El estado de los derechos LGBT en el mundo Según ILGA (*International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association*) todavía hay **76 países** que consideran la práctica de la homosexualidad ilegal y solamente **54 países** tienen leyes que prohíben la discriminación basada en la orientación sexual en el ámbito laboral.

Marco legal e institucional

Según el Consejo de derechos humanos – órgano del sistema ONU responsable de la protección y fortalecimiento de los derechos humanos en el mundo – ninguna persona se le puede negar el disfrute de los derechos expuestos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incluida la no discriminación legislativa por orientación sexual. El Consejo solicita frecuentemente información sobre las medidas adoptadas por los Estados para prevenir, tratar y prohibir la discriminación por motivos de orientación sexual. Se insta a los Estados no solo a que deroguen las leyes que criminalizan la homosexualidad sino también a blindar la prohibición de la discriminación por orientación sexual al incluirla en sus constituciones u otras leyes fundamentales. **El informe es un reconocimiento histórico por parte de las Naciones Unidas de la discriminación y violencia a las que enfrentan las personas por su orientación sexual o identidad de género.** Además, el informe afirma que en virtud de las leyes internacionales, los Estados tienen la obligación de proteger los derechos humanos de los homosexuales, lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuadas.

3.-La compatibilidad de la unión para hacer vida en común entre personas del mismo sexo con la Constitución peruana.

La Carta de 1993 no hace mención expresa alguna a la orientación sexual; sin embargo, no debe quedar duda que constituye un motivo prohibido implícito para generar tratos diferenciados, de conformidad con lo establecido en el artículo 2° inciso 2 del texto constitucional. En efecto, esta disposición enuncia un principio general de igualdad y a continuación un mandato de no discriminación por una lista de motivos prohibidos, al que se agrega criterios **“de cualquier otra índole”**.

La **orientación sexual** debe entenderse dentro de la citada cláusula en tanto que constituye un factor a partir del cual se puede identificar a un colectivo integrado por homosexuales, lesbianas, transexuales, transgéneros, etcétera, que tradicionalmente ha sufrido, por su pertenencia al mismo, un menosprecio social y la violación de sus derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional ha asumido una posición en los términos siguientes:

“[...] Al respecto, se entiende por **“categorías sospechosas”** o **“especialmente odiosas”** a aquellos criterios de clasificación que aluden a determinados grupos sociales que han sido históricamente discriminados y que, por ende, merecen recibir una tutela especial o diferenciada de parte del ordenamiento jurídico. En este caso, dicha protección cualificada consiste en establecer que toda distinción que se funde en alguno de estos criterios expresamente vedados, estará afecta a una presunción de inconstitucionalidad, la cual sólo podrá ser desvirtuada a través de una justificación estricta, objetiva y razonable. En ese sentido, pues, cuando la Constitución señala en su **artículo 2, numeral 2** que “[t]oda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley”, y agrega a continuación que “[nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole]”, debe entenderse que a través de esta enumeración la Constitución no ha hecho sino explicitar aquellos criterios que, por razones de tipo histórico o social, merecen ser tenidos como “potencialmente discriminatorios” cuando son afectados por la acción u omisión del Estado o de los particulares”.

El Estado peruano está vinculado por la interpretación que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al artículo 1.1° y 24° de la Convención Americana de Derechos Humanos, que ha dejado establecido lo siguiente:

“82. La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos

contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, **incumpliría la obligación** establecida en el **artículo 1.1** y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana”

Específicamente, en relación con el criterio de orientación sexual, la Corte ha dejado establecido que tanto **la orientación sexual como la identidad de género constituyen categorías protegidas por la Convención**, y en ese sentido concluye que:

“91. [...] Por ello ***está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona***. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”.

Las disposiciones constitucionales que específicamente tratan sobre la familia y las uniones de hecho son los artículos 4° y 5°. La Constitución peruana no define a la familia ni la identifica de manera exclusiva con un modelo único. Por el contrario, esta institución ha ido cambiando su configuración a lo largo del tiempo debido a la influencia de diferentes factores. Así lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional que ha expresado lo siguiente:

“[...] 6. La aceptación común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Tradicionalmente con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos que se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así desde una perspectiva jurídica tradicional la familia «está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en parentesco».

Si bien el modelo nuclear estuvo presente en la legislación peruana, hoy deja de tener asidero desde una perspectiva constitucional, no solo porque la realidad

revela una diversidad de formas familiares, sino porque desde la perspectiva de la supremacía de la Constitución, la legislación debe ser leída a la luz de los principios que emanan de la Carta de 1993 es decir: **dignidad, igualdad y autonomía individual**. De este modo, el principio de protección a la familia que se enuncia en el artículo 4º de la Constitución está dirigido a toda forma familiar y no exclusivamente a aquella que se acerca al modelo tradicional nuclear. En este sentido, compartimos la línea argumentativa seguida en México por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de la **acción de constitucionalidad 2/2010** que señaló lo siguiente:

“235. Por consiguiente, si partimos de que la Constitución no protege exclusivamente a la familia que surge o se constituye mediante aquella institución [matrimonio entre varón y mujer], debido a que su protección es a la familia, entonces, dentro de un Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como realidad social y, por ende, tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos (familia monoparental), o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar (...)” Nuestra postura encuentra también apoyo en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Atala Riffo y niñas contra Chile en la que se interpretó el concepto de “vida familiar” de la siguiente manera: “142. La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”.

De este modo, si la familia a la que alude la Constitución de 1993 no queda identificada con un modelo único sino que se trata de un concepto abierto a la realidad y nuevas dinámicas sociales; el mandato de protegerla está dirigido a esa diversidad de formas o estructuras familiares que puedan presentarse, protección que se materializa aun cuando personas del mismo sexo hagan vida en común, bajo un Estado Constitucional, principalmente en la garantía de los derechos

individuales de sus miembros y siempre en armonía con los principios constitucionales.

4.- Principio de Igualdad como fundamento constitucional de la unión de personas del mismo sexo.

En América Latina

El matrimonio homosexual ya es una realidad en varios países de América Latina: Argentina, Brasil, Uruguay, Colombia y algunos estados de México. Así con el matrimonio gay, el continente avanza en la legislación que favorece los derechos de la comunidad de homosexuales.

Argentina

Buenos Aires fue la primera ciudad de América Latina en aprobar el **matrimonio igualitario** y en julio de 2010 esto se extendió a toda la Argentina. Así **se convirtió en el décimo país en el mundo en hacer legal las uniones entre personas del mismo sexo y el primero en Latinoamérica.**

Con esto Argentina aportó un plus más a los atractivos turísticos, que ya de por sí tiene. Desde entonces, llegan muchísimos turistas internacionales que buscan sellar su unión homosexual en este país. Esto se debe a que si bien hay muchos otros países donde el **matrimonio homosexual** es legal, lo es sólo para los ciudadanos. Se estima que desde que se aprobó la ley en 2010 y hasta el 2016, se casaron unas 10.500 parejas. Se estima que un 10% de esta cifra fueron extranjeras.

Uruguay

Uruguay siempre ha sido pionero en este tipo de temáticas que marcan una **visión progresista y liberal**. En 2009 aprobó la **adopción para parejas homosexuales** y en abril de 2013 fue más allá, legalizando el **matrimonio gay**.

Uruguay ocupa el primer lugar en aceptación social de LGBT. Desde la aprobación del matrimonio homosexual, al igual que Argentina, se volvió un destino potencial para el **turismo internacional gay**. El matrimonio igualitario, la

adopción de parejas homosexuales y los tratamientos gratuitos de cambio de sexo, son los principales atractivos. Al país llegan homosexuales de paso y otros que desean radicarse, ya que vienen huyendo de países donde se les persigue y discrimina.

Brasil

Brasil fue el último de los países hermanos en aprobar el **matrimonio homosexual** y avanzar así en los derechos de la comunidad en el continente. Lo hizo en mayo de 2013 y a diferencia de lo que pasó en Uruguay y Argentina, la iniciativa surgió del Consejo Nacional de Justicia, no del Parlamento. El país **también avanzó en la adopción de familias gay**. En 2010 el Superior Tribunal de Justicia permitió la adopción de una niña por parte de una pareja de mujeres homosexuales y así sentó jurisprudencia en el tema.

Colombia

Fue el último país de la región en legalizar la unión legal entre parejas del mismo sexo, atendiendo así a las demandas de la comunidad LGBTI. La aprobación se realizó en 2016, ya desde 2013 estaba permitida por la Corte la unión bajo la figura de unión solemne con la que no estaba muy de acuerdo la comunidad gay y no podían recurrir a la figura del matrimonio.

La Corte Constitucional de Colombia había aprobado ya en 2015 la adopción por parte de parejas homosexuales y con la aprobación en 2016 del matrimonio gay, se dio un gran paso acompañando lo que venía pasando en el resto de Latinoamérica.

En el resto de América Latina se han hecho cosas al respecto pero todavía falta mucho. En **Ecuador y Chile** se reconocen las **uniones civiles** entre personas del mismo sexo, pero no se reconoce la figura del matrimonio. En **México** es legal el matrimonio gay en la Ciudad de México desde 2007 y en el **estado de Coahuila** desde 2015, pero no en el resto del país.

En los países latinoamericanos que en la lucha por reconocer los derechos de la comunidad LGBTI, han establecido normativa en contra de la discriminación homosexual. Ellos son: Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Puerto Rico, Salvador, Uruguay y Venezuela.

EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACION NACIONAL.

El presente proyecto de ley propone la modificación del código civil en el artículo 234° y 326° del código civil, toda vez que en la realidad existen uniones de parejas del mismo sexo haciendo vida en común semejantes al Matrimonio y a la Unión de Hecho que merecen ser reconocido en aplicación del Derecho de Igualdad que toda persona tiene ante la Ley; pero el problema fundamental radica en reconocer dichas uniones y proteger su derecho a la igualdad con base en nuestra Constitución y reforma de nuestro Código Civil. La clave está en el principio que prohíbe la discriminación, el mismo que ha sido aplicado en los países donde hoy las uniones homosexuales son legales, es decir el Principio Fundamental a la Igualdad ante la Ley. Con ello se busca respetar su orientación sexual e identidad de género a las personas de distinto o mismo sexo con la única finalidad de hacer vida en común.

ANEXOS

ANEXOS




OPINIÓN RESPECTO AL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO (Enero 2017 - Promedio Nacional)

¿Y Ud. está a favor o en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo?	PROMEDIO PERÚ URBANO Y RURAL	N.S.E.			SEXO		EDAD		
		A / B	C	D / E	MASC.	FEME.	18 - 24	25 -39	40 - +
	%	%	%	%	%	%	%	%	%
Está a favor	13.4	20.9	14.1	11.2	9.6	17.2	21.0	14.2	9.6
Está en contra	82.2	74.2	81.3	84.7	85.9	78.6	73.6	81.2	86.6
No sabe/ no opina	4.4	4.8	4.6	4.2	4.6	4.2	5.4	4.6	3.8
Total: 100%									
MUESTRA ESTADÍSTICA: Total encuestas realizadas	(1350)	(312)	(499)	(539)	(660)	(690)	(259)	(436)	(655)

-Estudio publicado por la encuestadora CPI, que señala que el 82.2% de peruanos rechaza la iniciativa llevada al congreso recientemente por las congresistas del Frente Amplio, **Marissa Glave** e **Indira Huilca**.

Cronología



2001	 Países Bajos (1 de abril)
2003	 Bélgica (1 de junio)   Ontario (10 de junio),  Columbia Británica (8 de julio)
2004	  Quebec (19 de marzo),  Yukón (14 de julio),  Manitoba (16 septiembre),  Nueva Escocia (24 de septiembre),  Saskatchewan (5 de noviembre),  Terranova y Labrador (21 de diciembre)   Massachusetts (17 de mayo)
2005	  Nuevo Brunswick (23 de junio),  Canadá [escala nacional] (20 de julio)  España (3 de julio)
2006	 Sudáfrica (30 de noviembre)
2008	  Connecticut (12 de noviembre)
2009	 Noruega (1 de enero)   Iowa (27 de abril),  Vermont (1 septiembre)  Suecia (1 de mayo)
2010	  Nuevo Hampshire (1 de enero),  Distrito de Columbia (3 de marzo)   Ciudad de México (4 de marzo)  Portugal (5 de junio)  Islandia (27 de junio)  Argentina (22 de julio)
2011	  Nueva York (24 de julio)

2012	<p>  Alagoas (6 de enero),  Sergipe (15 de julio),  Espírito Santo (15 de agosto),  Bahía (26 de noviembre),  Distrito Federal de Brasil (1 de diciembre),  Piauí (15 de diciembre)</p> <p>  Quintana Roo (3 de mayo)</p> <p> Dinamarca (15 de junio)</p> <p>    Caribe Neerlandés (10 de octubre)</p> <p>  Washington (6 de diciembre),  Maine (29 de diciembre)</p>
2013	<p>  Maryland (1 de enero),  California (28 de junio),  Delaware (1 de julio),  Minnesota (1 de agosto),  Rhode Island (1 de agosto),  Nueva Jersey (21 de octubre),  Hawái (2 de diciembre),  Nuevo México (19 de diciembre)</p> <p>  São Paulo (16 de febrero),  Ceará (15 de marzo),  Paraná (26 de marzo),  Mato Grosso del Sur (2 de abril),  Rondonia (26 de abril),  Santa Catarina (29 de abril),  Paraíba (29 de abril),  Brasil [escala nacional] (16 de mayo)</p> <p> Francia (18 de mayo)</p> <p> Uruguay (5 de agosto)</p> <p> Nueva Zelanda (19 de agosto)</p>
2014	<p>  Inglaterra (13 de marzo),  Gales (13 de marzo),  Acrotiri y Dhekelia (3 de junio),  Territorio Británico del Océano Índico (3 de junio),  Escocia (16 de diciembre)</p> <p>  Oregón (19 de mayo),  Pensilvania (20 de mayo),  Illinois (1 de junio),  Oklahoma (6 de octubre),  Virginia (6 de octubre),  Utah (6 de octubre),  Indiana (6 de octubre),  Wisconsin (6 de octubre),  Colorado (7 de octubre),  Virginia Occidental (9 de octubre),  Nevada (9 de octubre),  Carolina del Norte (10 de octubre),  Alaska (12 de octubre),  Idaho (15 de octubre),  Arizona (17 de octubre),  Wyoming (21 de octubre),  Montana (19 de noviembre),  Carolina del Sur (20 de noviembre)</p> <p>  Coahuila (17 septiembre)</p>
2015	<p> Luxemburgo (1 de enero)</p> <p>  Florida (6 de enero),  Guam (9 de junio),  Estados Unidos [escala nacional] (26 de junio),  Islas Marianas del Norte (30 de junio),  Islas Vírgenes de los Estados Unidos (9 de julio),  Puerto Rico (13 de julio)</p> <p>  Islas Pitcairn (14 de mayo)</p>

	  Chihuahua (12 de junio),  Guerrero (25 de junio),  Nayarit (23 de diciembre)  Irlanda (16 de noviembre)
2016	  Groenlandia (1 de abril)  Colombia (28 de abril)   Jalisco (12 de mayo),  Campeche (20 de mayo),  Colima (12 de junio),  Michoacán (23 de junio),  Morelos (5 de julio)   Isla de Man (22 de julio),  Gibraltar (15 de diciembre)
2017	  Ascensión (1 de enero),  Islas Malvinas (13 de abril),  Guernsey (2 de mayo),  Bermudas (5 de mayo),  Tristán de Acuña (4 de agosto)  Finlandia (1 de marzo)   Islas Feroe (1 de julio)   Chiapas (11 de julio),  Puebla (1 de agosto),  Baja California (3 de Noviembre)  Malta (1 de septiembre)  Alemania (1 de octubre)
Por determinar	  Jersey (mediados de 2018),  Santa Elena  Taiwán (antes de mayo de 2019)

Uniones Civiles

Opinión pública sobre UNIONES CIVILES (pero no matrimonio) entre personas del mismo sexo en el mundo.









País	Consultora	Año	A favor	En contra	No sabe/Neutral/No contesta
 Liechtenstein	Referendum	2011	68,8%	31,2%	0%
 Suiza	Referendum	2005	57%	43%	0%
 Polonia	CBOS	2015	52%	37%	12%
 Uruguay	INE	2006	60%	30%	10%
 Italia	Demos & Pi	2016	69%	31%	0%
 Perú	IPSOS apoyo	2014	33%	61%	6%
 Eslovenia	Referendum	2012	45,45%	54,55%	0%

Matrimonio

Opinión pública sobre MATRIMONIO entre personas del mismo sexo en Europa

País	Consultora	Año	A favor	En contra	No sabe/Neutral/No contesta
 Países Bajos	Eurobarómetro	2015	91%	7%	2%
 Suecia	Eurobarómetro	2015	90%	7%	3%
 Dinamarca	Eurobarómetro	2015	87%	9%	4%
 Islandia	Gallup	2004	87%	9%	4%
 España	Eurobarómetro	2015	84%	10%	6%
 Alemania	BVA	2016	82,6%	15%	2%
 Irlanda	Eurobarómetro	2015	80%	15%	5%

Opinión pública sobre MATRIMONIO entre personas del mismo sexo en Europa

País	Consultora	Año	A favor	En contra	No sabe/Neutral/No contesta
 Noruega	Ipsos	2013	78%	17%	4%
 Bélgica	Eurobarómetro	2015	77%	20%	3%
 Luxemburgo	Eurobarómetro	2015	75%	20%	5%
 Suiza	Pink Cross	2017	69%	25%	6%
 Francia	BVA	2015	67%	31%	2%
 Finlandia	Eurobarómetro	2015	66%	28%	6%
 Malta	Eurobarómetro	2015	65%	29%	6%
 Gibraltar	Inter-Ministerial Committee Consultation	2015	63%	37%	0%









Opinión pública sobre MATRIMONIO entre personas del mismo sexo en Europa

País	Consultora	Año	A favor	En contra	No sabe/Neutral/No contesta
 Portugal	Eurobarómetro	2015	61%	33%	6%
 Italia	Demos & Pi	2016	56%	40%	4%
 Reino Unido	YouGov	2016	56%	27%	17%
 Austria	IMAS	2015	55%	38%	7%
 República Checa	CVVM	2015	51%	43%	6%
 Hungría	Eurobarómetro	2015	39%	53%	8%
 Eslovenia	Ninamedia	2015	38,3%	49,5%	12,2%
 Chipre	Eurobarómetro	2015	37%	56%	7%

Opinión pública sobre MATRIMONIO entre personas del mismo sexo en Europa

País	Consultora	Año	A favor	En contra	No sabe/Neutral/No contesta
 Croacia	Eurobarómetro	2015	37%	54%	9%
 Grecia	Focus Bari	2016	35%	56%	4%
 Estonia	Eurobarómetro	2015	31%	58%	11%
 Polonia	Eurobarómetro	2015	28%	61%	11%
 Eslovaquia	Eurobarometer	2015	24%	69%	7%
 Lituania	Eurobarómetro	2015	24%	71%	5%
 Rumania	Eurobarómetro	2015	21%	69%	10%
 Letonia	Eurobarómetro	2015	19%	76%	5%

Opinión pública sobre MATRIMONIO entre personas del mismo sexo en Europa

País	Consultora	Año	A favor	En contra	No sabe/Neutral/No contesta
 Bulgaria	Eurobarómetro	2015	17%	68%	15%
 Albania	NDI	2015	10%	88%	2%
 Bosnia y Herzegovina	NDI	2015	10%	88%	2%
 Rusia	VTsIOM	2015	8%	89%	12%
 Georgia	NDI	2012	6%	89%	4%
 Moldavia	IPP	2014	5,9%	87,2%	6,9%
 Ucrania	GfK Ukraine	2013	4,6%	95,4%	0%
 Bielorrusia	NAS	2015	4,5%	86,6%	8,8%

Opinión pública sobre MATRIMONIO entre personas del mismo sexo en Europa

País	Consultora	Año	A favor	En contra	No sabe/Neutral/No contesta
 Armenia	Интеграция и развитие	2013	2%	96%	2%

Opinión pública sobre matrimonio entre personas del mismo sexo en América

País	Consultora	Año	A favor	En contra	No sabe/Neutral/No contesta
 Canadá	Barómetro de las Américas	2015	71 1%	20,9%	8%
 Uruguay	Barómetro de las Américas	2015	70,6%	21,5%	7,9%
 Chile	Plaza Pública Cadem	2017	64%	32%	4%
 Estados Unidos	Gallup	2016	61%	37%	2%
 Argentina	Latinobarómetro	2015	51,3%	45,1%	3,7%








Opinión pública sobre matrimonio entre personas del mismo sexo en América

País	Consultora	Año	A favor	En contra	No sabe/Neutral/No contesta
 Brasil	Latinobarómetro	2015	40,2%	55,4%	4,3%
 Colombia	CM&	2016	32,7%	64,7%	2,7%
 México	Latinobarómetro	2015	34,9%	59%	6,1%
 Perú	Latinobarómetro	2015	16,8%	76,3%	6,9%
 República Dominicana	Latinobarómetro	2015	16,1%	82,6%	1,3%
 Bermuda	Referendum	2016	31,46%	68,84%	0%
 Ecuador	Latinobarómetro	2015	14,3%	82,7%	3,1%
 Bolivia	Latinobarómetro	2015	13,8%	76,1%	10,2%








Opinión pública sobre matrimonio entre personas del mismo sexo en América

País	Consultora	Año	A favor	En contra	No sabe/Neutral/No contesta
 Panamá	Latinobarómetro	2015	13,2%	82%	4,8%
 Honduras	Latinobarómetro	2015	10,6%	87,9%	1,5%
 Nicaragua	Latinobarómetro	2015	10,4%	85,5%	4,1%
 Guatemala	Latinobarómetro	2015	9,3%	85,6%	5,1%
 Venezuela	Pew Research Center	2015	48%	52%	0%
 El Salvador	Latinobarómetro	2015	7,8%	88,5%	3,7%
 Paraguay	Latinobarómetro	2015	6,8%	88,3%	4,8%
 Puerto Rico	Pew Research Center	2014	33%	55%	12%




Opinión pública sobre matrimonio entre personas del mismo sexo en América

País	Consultora	Año	A favor	En contra	No sabe/Neutral/No contesta
 Costa Rica	Diario La República	2016	45%	49%	6%
 Surinam	Universidad Vanderbilt (Tennessee)	2014	20,3%	79,7%	0%
 Belice	Universidad Vanderbilt (Tennessee)	2014	17,5%	82,5%	0%
 Trinidad y Tobago	Universidad Vanderbilt (Tennessee)	2010	15,4%	84,6%	0%
 Guyana	Universidad Vanderbilt (Tennessee)	2014	7,2%	92,8%	0%
 Jamaica	Universidad Vanderbilt (Tennessee)	2014	3,5%	96,5%	0%
 Haití	Universidad Vanderbilt (Tennessee)	2014	6,7%	95,3%	0%


Opinión pública sobre matrimonio entre personas del mismo sexo en Asia

País	Consultora	Año	A favor	En contra	No sabe/Neutral/No contesta
 Israel	Angus Reid Institute	2009	61%	31%	8%
 Vietnam	Social Perspectives on Same-Sex Marriage	2014	33,7%	52,9%	13,4%
 Corea del Sur	IPSOS	2013	25%	67%	8%
 Filipinas	El Diario	2015	16%	84%	0%
 India	SMS GupShup	2010	31%	69%	0%
 Japón	FNN	2015	53%	40%	7%
 Taiwán	TAPCPR	2015	53%	41%	6%

Opinión pública sobre matrimonio entre personas del mismo sexo en África

País	Consultora	Año	A favor	En contra	No sabe/Neutral/No contesta
 Sudáfrica	the Times	2015	25%	26%	49%
 Mozambique (Ciudades Maputo, Beira y Nampala)	LGBT Maputo Center	2012	26,2%	---	----
 Nigeria	BBC	2014	5%	87%	8%

Opinión pública sobre matrimonio entre personas del mismo sexo en Oceanía

País	Consultora	Año	A favor	En contra	No sabe/Neutral/No contesta
 Australia	CT Group	2014	70%	23%	6%
 Nueva Zelanda	Herald-DigiPoll	2014	54%	46%	0%
 Palau	Referendum	2008	16,45%	83,55%	0%

7° JUZGADO CONSTITUCIONAL

EXPEDIENTE : 22863-2012-0-1801-JR-CI-08

MATERIA : ACCION DE AMPARO

ESPECIALISTA : MUNOZ CARRANZA, MAURILA

DEMANDADO : RENIEC ,

PROCURADOR PUBLICO DE LA RENIEC ,

DEMANDANTE : UGARTECHE GALARZA, OSCAR

SENTENCIA

RESOLUCION NUMERO TRECE

Lima, veintiuno de diciembre del año

Dos mil dieciséis.-

VISTOS.- Resulta de autos que por escrito de fs.29 a 36 UGARTECHE GALARZA OSCAR, interpone demanda de amparo contra RENIEC, a fin de que : 1) Se disponga el reconocimiento ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil de su matrimonio celebrado en la ciudad de México con el ciudadano FIDEL AROCHE REYES;

Indica que contrajo matrimonio con el ciudadano mexicano Fidel Aroche Reyes, celebrado en la ciudad de México conforme a las leyes mexicanas. Señala que el 12 de enero del 2012, solicitó ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, RENIEC, que dicho organismo inscribiera su matrimonio en el registro correspondiente.

Que con fecha siete de marzo del 2012, la RENIEC, expidió la 'Resolución N°1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC, mediante la cual declara la IMPROCEDENCIA de su solicitud de inscripción del Acta de Matrimonio, señalando, entre otros aspectos, que conforme al Código Civil Peruano de 1984, entre los elementos estructurales se encuentra la diversidad de sexo y responsabilidad entre los

contrayentes, agrega que con fecha 02 de Marzo del 2012 presentó formal recurso de apelación contra la resolución N°1258-2012-GOR/JR10LIM/ORLIMA/RENIEC, señalando que dicha decisión viola en perjuicio del recurrente los principios/derechos constitucionales a la igualdad y no discriminación, que se encuentran cautelados en nuestra Constitución Política así como un elenco de tratados internacionales ratificados por el Perú. Que, con fecha 18 de Junio del 2012, la RENIEC expidió su Resolución Regional 00497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC, declarando INFUNDADO su recurso de apelación y entre sus considerandos principales reiteró que el artículo 234 del Código Civil señala que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada entre varón y una mujer, por lo tanto no existe en nuestra legislación, respaldo normativo para el matrimonio entre personas del mismo sexo, por lo que con fecha dieciséis de Julio, presentó recurso de Revisión contra la Resolución Regional N°00497-2012/GOR/JR10LIM/RENIEC, reiterando en su argumentación que se producían con dichas decisiones una violación de sus derechos constitucionales de igualdad y no discriminación señalado en la Constitución Política del Estado y los diversos Tratados Internacionales firmados y ratificados por el Perú, finalmente con fecha quince de agosto del 2012, la RENIEC expidió la resolución N°055-2012-GRC/RENIEC, la cual declara infundado el recurso de revisión, indicando entre sus argumentos que no se ha violado el derecho de igualdad del demandante, mediante resolución N° UNO de fecha dos de enero del 2013, se resolvió declarar improcedente la demanda, indicando que la citada pretensión debería ventilarse en un proceso contencioso administrativo, más no en uno de amparo, por lo que mediante escrito de fecha seis de febrero del 2013, la parte demandante, interpuso recurso de apelación contra dicha resolución, recurso el cual fue concedido con efecto suspensivo; por lo que consiguientemente, habiendo elevado los autos a la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución N°SEIS de fecha quince de agosto del 2013, se resolvió declarar la nulidad de

la resolución N° UNO de fecha 02 de enero del 2013, ordenándose a esta Judicatura que proceda con admitir la demanda, previa evaluación del cumplimiento de los requisitos legales;

Mediante resolución N° CUATRO de fecha diez de octubre del 2013, se resolvió admitir a trámite la demanda, otorgándosele a la parte demandada el plazo de 05 días, para que conteste la demanda, por lo que mediante escrito de fecha quince de enero del 2014, la parte demandada se apersona al proceso y deduce la excepción de prescripción extintiva de la acción, asimismo contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, indicando que no es procedente el proceso de amparo, puesto que lo que busca en el presente proceso es el reconocimiento de un derecho, indicando además que la Constitución ha precisado en su artículo 4° segundo párrafo que la forma del matrimonio y las causales de separación y de disolución son reguladas por la ley, y que nuestro código civil peruano ha dispuesto en su artículo 234, que el matrimonio es la unión voluntaria entre un varón y una mujer legalmente aptos para ella, indicando además que existe una vía igualmente satisfactoria para dilucidar la presente controversia, precisando que el proceso CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO es la vía idónea; mediante resolución N° CINCO de fecha treinta de enero del 2014, se resolvió tener por contestada la demanda, corriéndose traslado a la parte demandante de la excepción de prescripción propuesta, la cual fue declarada infundada mediante resolución N° NUEVE de fecha quince de julio del 2015, declarándose saneado el proceso y poniéndose los autos a despacho para dictar sentencia; sin embargo, con fecha veinticuatro de agosto del 2015, la parte demandada presentó recurso de apelación contra dicha resolución, concediéndosele dicho recurso mediante resolución N° DIEZ de fecha veintitrés de octubre del 2015, con efecto suspensivo y con la calidad de diferida; y habiéndose puestos los autos a despacho para dictar sentencia, esta Judicatura procederá a emitirla; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil señala que, toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso;

SEGUNDO.- Que, los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones, conforme a lo dispuesto por el artículo ciento ochenta y ocho del Código Procesal Civil;

TERCERO.- Que, asimismo el numeral ciento noventa y seis del acotado cuerpo de leyes prevé que salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos;

CUARTO.- Que, el objeto de un Proceso Constitucional de Amparo es el de reponer las cosas al estado anterior a la afectación de un derecho constitucional mediante hechos u omisiones por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado;

QUINTO.- Que la pretensión del demandante consiste en que: 1) Se disponga el reconocimiento ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil de su matrimonio celebrado en la ciudad de México con el ciudadano FIDEL AROCHE REYES;

SEXTO.- Que, el artículo 4° de nuestra carta magna establece lo siguiente: *“Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de*

abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”.

SEPTIMO.- Que, nuestro código civil establece en su artículo **234 lo siguiente:** “... *El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.(...)*”;

OCTAVO.- Que, basándonos en los dos considerandos anteriores, se puede apreciar que la ley a la cual hace referencia nuestra carta política en el extremo referido a la forma del matrimonio, es nuestro Código Civil de 1984;

NOVENO.- Que, si bien es cierto nuestra Constitución Política, establece que la forma del matrimonio se regule por la ley, también es cierto que dichas leyes no pueden ser contrarias a la propia Constitución, puesto que según nuestra conocida Pirámide de Kelsen¹, nuestra Carta Magna es la norma de mayor jerarquía, por lo que en caso de conflicto con otros dispositivos legales, tendrá que prevalecer la primera;

DECIMO.- Que, basándonos en lo expuesto en los considerandos anteriores esta Judicatura considera pertinente recordar lo

¹ Es un sistema jurídico graficado en forma de **pirámide**, el cual es usado para representar la **jerarquía** de las leyes, unas sobre otras y está dividida en tres niveles, el nivel fundamental en el que se encuentra la **constitución**

establecido en el artículo 1° de nuestra Constitución, el cual establece lo siguiente: “Artículo 1.- Defensa de la persona humana La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”; asimismo ha establecido en su artículo 2° incisos 1, 2, 7, 22; lo siguiente: “Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a **su libre desarrollo y bienestar**. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece; 2. A la **igualdad ante la ley**. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de **cualquiera otra índole**.; (...)7. Al honor y a la buena reputación, **a la intimidad personal y familiar** así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviadas en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.(...) 22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida; con la finalidad de poder determinar si el artículo 234° de nuestro Código Civil es contrario o no a nuestra Constitución;

DECIMO PRIMERO.- Que, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Carta Magna establece lo siguiente: *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*; asimismo el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece: *“El contenido y los alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos,*

los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los Tribunales Internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

DECIMO SEGUNDO.- Que, el primer párrafo del artículo 2° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en adelante DUDH, establece lo siguiente: *“Artículo 2°.- Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color sexo, idioma, religión, opinión, política o de **cualquier otra índole**, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (...)*” (Lo resaltado es agregado); con respecto a dicho punto esta Judicatura considera pertinente recordar los [*Principios de Yogyakarta*](#)², los cuales extienden explícitamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos a las personas homosexuales, bisexuales, transexuales y transgénero, cuyos derechos ya estaban incluidos implícitamente en el artículo segundo de la mencionada *Declaración Universal* bajo los genéricos «o de cualquier otra índole» y «o cualquier otra condición», es necesario resaltar que dichos principios no han sido adoptados por los Estados en un Tratado, y por tanto no constituyen, por sí mismos, un instrumento vinculante del Derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, sus redactores pretenden que los Principios de Yogyakarta sean adoptados como una norma universal, esto es, un estándar jurídico internacional de obligatorio cumplimiento para los Estados, ante lo cual algunos países han expresado sus reservas.

DECIMO TERCERO.- Que, asimismo el artículo 16° de la DUDH, establece que: *“Los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil,*

² Principios de Yogyakarta, es un documento que recoge una serie de principios relativos a la orientación sexual e identidad de género, con la finalidad de orientar la interpretación y aplicación de las normas del Derecho internacional de los derechos humanos, estableciendo unos estándares básicos, para evitar los abusos y dar protección a los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT).

tienen derecho sin restricción alguna por motivos de razón nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”; por lo que se puede deducir que basándonos en lo expuesto en el considerando anterior, los principios de Yogyakarta buscarían que el derecho contemplado en el artículo 16° de la DUDH, se aplique también a las personas homosexuales, bisexuales, transexuales y las personas transgénero;

DECIMO CUARTO.- Que, otro dispositivo internacional el cual es vinculante para el Estado Peruano es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³, a este respecto esta Judicatura considera pertinente recordar el caso [*Toonen contra Australia*](#)⁴, en virtud del cual en el año 1994 por primera vez la ONU se posicionó respecto a los derechos LGBT, indicando que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se recoge que las leyes contra la homosexualidad son una violación de los derechos humanos.

DECIMO QUINTO.- Que, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en su numeral 2) del artículo 23 lo siguiente: “(...) 2. *Se reconoce el derecho de hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. (...)*”; asimismo el artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y

³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumento de carácter internacional, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Organización de las Naciones Unidas, mediante resolución N°2200° (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Aprobado por el Decreto Ley N°22128. Instrumento de Adhesión: 12 de abril de 1989, depositado el 28 de Abril de 1978. El instrumento de adhesión fue aceptado como ratificado por las Naciones Unidas por ser signatario el Perú.

⁴ El caso *Toonen contra Australia* (*Nicholas Toonen contra Australia*) fue un asunto conocido por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (caso 488/1992), como consecuencia de una denuncia del residente tasmano Nicholas Toonen el 4 de abril de 1994. El caso dio lugar a la derogación de las últimas leyes contra la sodomía australianas, cuando el Comité determinó que las prácticas sexuales consentidas entre adultos y en privado estaban protegidas por el concepto de “vida privada” del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Deberes del Hombre, establece lo siguiente *“Toda persona tiene derecho a construir familia; el elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella; por último La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en adelante CADH, establece en numeral 2) artículo 17° lo siguiente : “ (...) Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello y por las leyes internas, en la medida que éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención (...)”*; estableciendo la CADH en su artículo 24° lo siguiente: *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación a la igual protección de la ley”*

DECIMO SEXTO.- Que, en reiterada Jurisprudencia Constitucional, nuestro Tribunal Constitucional ha indicado que desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, **se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales.** Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*⁵. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales⁶ o las que en doctrina se han denominado *familias reconstituidas*⁷ (Lo resaltado

⁵ La locución latina **pater familias** (o paterfamilias), traducida literalmente, significa el padre de familia. Es un término latino para designar al "padre de la familia." La forma es irregular y arcaica en latín, preservando la antigua desinencia genitiva.

⁶ Por **familia monoparental** se entiende aquella [familia nuclear](#) que está compuesta por un solo progenitor (varón o mujer) y uno o varios hijos. Ocasionalmente y cuando una familia monoparental está a cargo de una mujer se utiliza la expresión [falsamente etimológica familia monomarental](#).^{1, 2} También llamado **padres solteros**

⁷ Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada puede definirse como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa

es agregado); debiendo resaltar que si bien es cierto el derecho a contraer matrimonio es diferente al de formar una familia, no debe existir impedimento para que pueda formarse una familia partiendo de un matrimonio homosexual, razón por la cual esta Judicatura considera que un homosexual está en todo se derecho de poder formar una familia, esto en virtud de las nuevas exigencias que se han ido presentando en los últimos tiempos, referidas a los derechos de las parejas homosexuales;

DECIMO SEPTIMO.- Que, en base a lo indicado en el considerando anterior esta Judicatura considera pertinente recordar el concepto de interpretación evolutiva, debiendo hacer mención al caso 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, en el cual el Tribunal Constitucional Español estableció que la Constitución es un *árbol vivo*⁸ que, a través de una «interpretación evolutiva», se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente, y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta. Esa lectura evolutiva de la Constitución, lleva al Tribunal Constitucional español a desarrollar la noción de cultura jurídica, que considera el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla; La aplicación de la interpretación evolutiva, sin

⁸ Criterio que deriva de la Sentencia Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo

recurrir a otras técnicas interpretativas, se alía con cierta doctrina italiana que ha defendido cómo las modificaciones tácitas de la Constitución se verifica en la fase que media entre el ordenamiento formal y su evolución real y continua, que implica una evolución, o avance, que no obliga a una modificación formal del texto constitucional, ni a la introducción de preceptos constitucionales nuevos, es decir, la evolución social muta la Constitución por vía interpretativa⁹;

DECIMO OCTAVO.- Que, esta Judicatura considera pertinente recordar los diversos acontecimientos que se han ido presentando en el mundo con respecto al reconocimiento del derecho de los homosexuales a poder contraer matrimonio entre ellos mismos, debiendo indicar que en 2001 Los Países Bajos fue el primer Estado del mundo en reconocer el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo; en Bélgica el matrimonio entre personas del mismo sexo entró en vigor el 30 de enero de 2003; en España la ley que reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo al matrimonio entró en vigor el 3 de julio de 2005; La ley de matrimonios homosexuales en Canadá se hizo efectiva el 20 de julio de 2005. Fue el primer país del continente americano que lo legaliza; En diciembre de 2005 una sentencia del Tribunal Constitucional de Sudáfrica dictaminó que era injustificable la discriminación basada en la orientación sexual y dio un plazo de 12 meses al gobierno para que modificara la Ley Nacional de Matrimonio sustituyendo las palabras marido o esposa por la palabra cónyuges; En Noruega la ley que establece el matrimonio entre personas del mismo sexo entró en vigor el 1 de enero de 2009; El matrimonio entre personas del mismo sexo en Suecia entró en vigor el 1 de mayo de 2009; ley de los matrimonios entre personas del mismo sexo en Portugal entra en vigor al día 5 de junio del 2010; El 11 de junio de 2010, el Parlamento de Islandia aprobó sin votos en

⁹ Vid. Lavagna, C.: *Constituzione e socialismo, Il Mulino, Bologna, 1977*

contra (con 49 diputados presentes de un total de 63). Islandia se convirtió así en el noveno país del mundo que aprueba el matrimonio entre personas del mismo sexo; el 15 de julio de 2010 cuando se aprobó en Argentina el matrimonio entre personas del mismo sexo; en Dinamarca la ley que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo entró en vigor el 15 de junio de 2012; en Uruguay el 10 de abril de 2013 se aprobó el proyecto de ley que incluye dentro del matrimonio a las parejas homosexuales; en Nueva Zelanda la ley entró en vigor en agosto del 2013; en Francia el viernes 17 de mayo de 2013, el Consejo Constitucional de Francia validó la ley de matrimonio entre personas del mismo sexo; así como también se ha reconocido en Brasil, Irlanda, Colombia, México, Estados Unidos, etc.

DECIMO NOVENO.- Que, esta Judicatura puede apreciar en base al reconocimiento del matrimonio de personas homosexuales en el mundo, que desde el año 2001 recién se empezó a reconocer dicho derecho a dichas personas, debiendo indicar que nuestro Código Civil data del año 1984, momento en el cual era inimaginable pensar en una institución como la del matrimonio de personas del mismo sexo, razón por la cual el contenido del artículo 234° de dicho dispositivo legal no fue cuestionado por un largo periodo de tiempo; sin embargo en vista de los cambios sociales que se han ido presentando, es que a la fecha esta Judicatura considera que dicho artículo del Código Civil no se ha adaptado a dichos cambios que se han presentado en el mundo, razón por la cual hoy existe un largo debate sobre si se debe aprobar o no un matrimonio entre personas del mismo sexo;

VIGESIMO.- Que, esta Judicatura tiene presente que no es adecuado pronunciarse sobre si se debe o no regular el matrimonio de personas del mismo sexo en nuestro país, limitándose a la labor Jurisdiccional de verificar si es que se han vulnerado o no los derechos

constitucionales del señor Ugarteche Galarza Oscar, al no permitírsele que se le reconozca su matrimonio celebrado en la ciudad de México;

VIGESIMO PRIMERO.- Que, esta Judicatura considera pertinente recordar la diferencia entre los conceptos “diferenciación y discriminación”. En principio debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se está frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable. (**EXP. N.º 02835-2010-PA/TC**).

VIGESIMO SEGUNDO.- Que, en base al considerando anterior, esta Judicatura se hace la siguiente interrogante: ¿Existe una razón objetiva y razonable para no reconocer el matrimonio homosexual celebrado por el señor Ugarteche Galarza Oscar en la ciudad de México?; debiendo tenerse en cuenta que el artículo 2º de nuestra Constitución Política indica que los derechos y libertades reconocidos en nuestra Constitución, deben ser interpretados de conformidad con los Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por el Perú?.

VIGESIMO TERCERO.- Que, esta Judicatura considera que la razón en la cual se ha fundamentado la denegación del reconocimiento del matrimonio celebrado con el demandante en el extranjero, es por la única razón de que fue celebrado entre personas homosexuales, no constituyendo dicho argumento ser razonable y objetivo, por lo que resulta altamente discriminatorio y contrario tanto a nuestra constitución, como a todos los dispositivos internacionales citados en la presente resolución;

VIGESIMO CUARTO.- Que, esta Judicatura considera que viene al caso recordar una sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, el EXP N 00139 2013-PA/TC, caso P. E. M. M; caso el cual estaba referido a una persona transexual la cual estaba solicitando el cambio de sexo (de masculino a femenino) en su Documento Nacional de Identidad (DNI) y por consiguiente en su partida de nacimiento, indicándose entre los fundamentos que obtuvo, mediante un proceso judicial de cambio de nombre ante el Juzgado Civil de San Martín (Exp. ; 104-2008), que éste fuera cambiado de un prenombre masculino (J. L.) a uno femenino (P. E.), cambio que fue inscrito como anotación marginal en su partida de nacimiento en la Municipalidad Distrital de Miraflores (Lima). Posteriormente P.E.M.M. solicitó al RENIEC que le expida un nuevo DNI con sus nuevos nombres (P.E.), adjuntando para ello la partida de nacimiento con la anotación marginal. Refiere que el RENIEC cumplió con cambiar el prenombre de P.E.M.M. pero indicando que su sexo es "masculino", lo cual considera que afecta su derecho fundamental a la identidad pues esto le causa un estado de depresión e incomodidad, debiendo precisarse que el Tribunal Constitucional declaró infundada dicha demanda; sin embargo los magistrados ETO CRUZ y MESÍA RAMÍREZ, emitieron voto singular, indicando que la demanda debería de ser declarada fundada en su totalidad, en base a que se lesionaba el derecho a la dignidad de P.E.M.M puesto que tenía apariencia de mujer, y, sin embargo, tenía el sexo de masculino, con lo cual se pone en cuestionamiento el goce de otros derechos que la propia Constitución le reconoce y propicia, a su vez, situaciones diferenciadoras de trato que afectan su derecho a la igualdad;

VIGESIMO QUINTO.- Que, esta Judicatura considera necesario recordar que a la fecha no existe institución alguna, ya sea matrimonio homosexual, unión civil, u otra institución afín; que proteja o garantice el derecho de las parejas homosexuales a poder efectuar una unión que pueda ser reconocida por el ordenamiento jurídico, reconociéndole así la facultad de poder formar una familia,

poder tener derechos sucesorios, y otra serie de derechos de los cuales si gozan las parejas heterosexuales; razón por la cual son un sector de la población el cual a la fecha se encuentra desprotegido y en constante discriminación, al no habérseles reconocido derecho alguno; partiendo de la realidad de que existen dichas parejas en convivencia, y de que es su deseo protegerse el uno al otro.

VIGESIMO SEXTO.- Que, el artículo 2° de la Constitución Política del Perú, establece los derechos de la persona, indicándose que toda persona tiene los derechos los cuales se mencionan en dicho artículo, entre los cuales figura el de la igualdad, no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, dignidad, proyecto de vida etc; derechos los cuales esta Judicatura considera han sido vulnerados en el presente caso;

VIGESIMO SEPTIMO.- Que, si bien es cierto a la fecha ya ha existido la iniciativa legislativa, de una promulgación de una ley de unión civil, dicho proyecto no fue aprobado, por lo que esta Judicatura considera que no es factible que se sigan produciendo vulneraciones a los derechos de las parejas homosexuales, en el transcurso de tiempo que se apruebe una ley la cual reconozca derecho alguno de dichas personas, debiendo precisarse además que existe aún incertidumbre con respecto a si en el Perú, se reconocerá derecho alguno a dichas parejas en un futuro;

VIGESIMO OCTAVO.- Que, esta Judicatura considera que no es acorde a derecho que a la fecha no existe institución alguna la cual reconozca algún derecho a favor de dichas parejas homosexuales, debiendo precisarse que si bien es cierto no representan la mayoría de la población, representan un gran número de personas, tal como se ha podido apreciar en las diferentes marchas y manifestaciones que se han ido produciendo en los últimos años en nuestro país;

VIGESIMO NOVENO.- Que, efectuando una interpretación evolutiva de nuestra Constitución, esta Judicatura considera que dicho dispositivo legal, debe ser interpretado conforme a los cambios y exigencias que nuestra sociedad reclama, y al haber quedado demostrado que a la fecha un gran sector de la población reclama algún tipo de reconocimiento a las parejas homosexuales, ya sea por medio del matrimonio, unión civil u otro dispositivo; resulta factible que a falta de existencia de dicha institución, dichas personas puedan reclamar protección de sus derechos fundamentales por la vía judicial en virtud del contenido de nuestra Carta Política, puesto que no pueden estar a la espera de que se legisle a favor de ellos;

VIGESIMO NOVENO.- Que, esta Judicatura considera pertinente recordar que no es factible una oposición de carácter religiosa al reconocimiento de un matrimonio homosexual, puesto que el Perú es un estado laico¹⁰, es decir que es neutral en materia de religión por lo que no ejerce apoyo ni oposición explícita o implícita a ninguna organización o confesión religiosa; sin perjuicio del respeto que merecen las mismas.

TRIGESIMO.- Que, es pertinente recordar un acontecimiento muy importante que se presentó en los Estados Unidos, en el cual el Tribunal Supremo de los Estados Unidos determinó en una votación 5-4 la legalización del matrimonio entre parejas del mismo sexo. De esta forma será inconstitucional que los estados prohíban el reconocimiento de este tipo de uniones o la consecución del matrimonio entre parejas del mismo sexo en sus territorios, esto sucedió en el caso *Obergefell v. Hodges*¹¹, en el cual se estableció lo

¹⁰ la condición de Estado laico supone la nula injerencia de cualquier organización o confesión religiosa en el gobierno del mismo, ya sea, en el poder legislativo, el ejecutivo o el judicial.

¹¹ *Obergefell v. Hodges* fue un caso judicial en la Corte Suprema de los Estados Unidos en el cual el tribunal falló que el matrimonio entre personas del mismo sexo no puede ser prohibido por la legislación estatal, por lo que estableció que los matrimonios de este tipo son válidos en todos los estados y deben poder celebrarse en todo el país, conforme lo prescribe la Constitución de los Estados Unidos.

siguiente: “Es degradante impedir que parejas del mismo sexo formen parte de una institución central de la sociedad de la nación, porque ellos también pueden aspirar a los propósitos trascendentales del matrimonio. La limitación del matrimonio a parejas del sexo opuesto puede haber parecido justa y natural, pero su inconsistencia con el significado principal del derecho fundamental al matrimonio se hace ahora manifiesta”;

TRIGESIMO PRIMERO.- Que, esta Judicatura considera pertinente recordar lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual en el popular y reciente caso *Duque vs Colombia*¹² estableció en su considerando N°104 lo siguiente: *“La Corte Interamericana ya ha establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”,* asimismo en su considerando 105° estableció lo siguiente: *“En ese sentido, el instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención⁸⁹. Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1. de la Convención Americana.”*

TRIGESIMO SEGUNDO.- Que, en su Observación General No. 20, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que en "cualquier otra condición social", tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Duque vs Colombia*, sentencia del 26 de febrero del 2016, el caso se relaciona con la supuesta responsabilidad internacional de Colombia por la alegada exclusión del señor Duque de la posibilidad de obtener una pensión de sobrevivencia tras la muerte de su pareja, supuestamente con base en que se trataba de una pareja del mismo sexo.

y Culturales, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación¹³;

TRIGESIMO TERCERO.- Que, asimismo la Corte Interamericana estableció en el famoso caso Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile¹⁴ lo siguiente: *“la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana”*;

TRIGESIMO CUARTO.- Que, tal como se ha podido apreciar, ha quedado demostrado que a la fecha existen cada vez más Estados los cuales están permitiendo y aceptando dentro de su legislación una

13 Cfr. Consejo Económico y Social (CESCR), Observación General N° 20: la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2 de julio de 2009, E/C.12/GC/20. párr. 32

14 Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 81. Asimismo el Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala: *“A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*

regulación ya sea del matrimonio homosexual o de alguna otra figura similar, esto en vista de los cambios y exigencias que se han ido presentado en el pasar del tiempo, asimismo ya existe pronunciamientos de la Corte Internacional de Derechos Humanos, referidos a los derechos de las personas homosexuales; razón por la cual esta Judicatura considera que no es acorde a derecho que continúe las vulneraciones de los derechos de las parejas homosexuales;

TRIGESIMO QUINTO.- En consecuencia en atención a los considerandos anteriores y las normas glosadas, se desprende que la pretensión del demandante sí resulta amparable, no siendo factible que sufra de algún tipo de discriminación en virtud de su orientación sexual, habiendo la parte demandada violentado los derechos constitucionales a la igualdad, no discriminación, y al libre desarrollo y bienestar; consideraciones por las cuales, de conformidad con lo establecido con los arts. 1°, 2° y 200° inc. 2 de la Constitución, arts. 1, 2, artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Carta Magna, artículo 2° y 16° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Impartiendo Justicia a Nombre de la Nación,

FALLO: Declarando **FUNDADA** la demanda interpuesta por UGARTECHE GALARZA OSCAR, contra RENIEC Y SU PROCURADURIA, en consecuencia **SE ORDENA** a la entidad demandada cumpla con reconocer e inscribir el matrimonio celebrado por el demandante en el extranjero en el Registro Civil correspondiente. Notificándose.-

EXP. N.º 2273-2005-PHC/TC
LIMA
KAREN MAÑUCA
QUIROZ CABANILLAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de abril de 2006, el Tribunal Constitucional, en sesión de pleno jurisdiccional, con asistencia de los señores magistrados García Toma, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del Magistrado Vergara Gotelli

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Karen Mañuca Quiroz Cabanillas contra la sentencia de la Sala Penal Superior de Emergencia para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 73, su fecha 2 de marzo de 2005, que declara improcedente la demanda de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de febrero de 2005, Karen Mañuca Quiroz Cabanillas interpone demanda de hábeas corpus contra el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), tras considerar que al denegarle el otorgamiento de un duplicado correspondiente a su Documento Nacional de Identidad (DNI) se vulneran sus derechos constitucionales a la vida, a la identidad, a la integridad psíquica y física, al libre desarrollo y bienestar y a la libertad personal.

Manifiesta que la emplazada no le otorga el duplicado de su DNI N.º 19327439 desde hace más de 4 años, no obstante haber cancelado los pagos correspondientes para tal expedición, y que tampoco ha emitido resolución alguna en la que señale los motivos por los cuales no le ha entregado el duplicado en referencia; por el contrario, los funcionarios de la entidad demandada le indicaron, en forma verbal, que su identidad se encontraba cuestionada, siendo necesario que presente su Partida de Nacimiento, requerimiento que oportunamente cumplió. Sin embargo, y pese a ello, le han continuado denegando el duplicado correspondiente. Expresa, además, que en el año 1989 interpuso una demanda judicial sobre Rectificación de nombre y, como consecuencia de ello, el Poder Judicial dispuso la rectificación de su nombre, conforme está acreditado en el Acta de Nacimiento emitida por el Jefe del Registro Civil del Distrito de Guadalupe, Departamento de La Libertad. Con dicha acta es que se apersonó a la entidad demandada con la finalidad de que se consignen sus nombres rectificadas judicialmente, razón por la cual se le entregó el DNI N.º 19327439, cuyo extravío ha originado el que tenga que tramitar el duplicado que, sin embargo, ahora se le niega.

Practicadas las diligencias de ley se recibe la declaración de don Eduardo Octavio

Ruiz Botto, en su condición de Jefe del RENIEC, quien manifiesta que asumió el cargo en el mes de octubre de 2002 y, por ende, hace cuatro años no era jefe, ni tuvo conocimiento de alguna negativa de otorgar la identidad a la parte demandante. Por otra parte, expresa que la validación de los datos se realiza en la Gerencia de Operaciones, efectuándose un promedio de veinte mil trámites diarios relacionados con el DNI. En todo caso, precisa que por información obtenida con posterioridad a la interposición de la demanda ha tomado conocimiento que se canceló el DNI de la parte actora por haber realizado múltiples inscripciones; es decir, que tenía varios números de DNI con nombre masculino y femenino, desconociendo si fue debidamente notificada de la cancelación de su DNI con identidad femenina o si ha sido denunciada penalmente por la comisión de tales hechos.

El Procurador Público del RENIEC se apersona al proceso y expresa que la parte actora ostenta una trayectoria pretensora de doble identidad sexual, como Manuel Jesús Quiroz Cabanillas y como Karen Mañuca Quiroz Cabanillas; que con fecha 4 de mayo de 1976 obtuvo una Boleta de 7 dígitos o Libreta Electoral N.º 1211481 bajo el nombre de Manuel Jesús Quiroz Cabanillas con sexo masculino; posteriormente, con fecha 19 de octubre de 1984, obtiene la Partida de Inscripción N.º 19203903 en base a la inscripción anterior y nuevamente a nombre de Manuel Jesús Quiroz Cabanillas, con sexo masculino. Luego, con fecha 8 de junio del 2001, se presentó ante la Agencia de Lima solicitando un trámite de rectificación de datos del DNI N.º 19203903, el cual fue rechazado con la observación “Por Oficiar Partida de Nacimiento”, siendo pertinente puntualizar que, a la fecha, es el citado DNI el que se mantiene habilitado en el sistema computarizado ANI/RENIEC. Por otra parte, con fecha 26 de junio de 1989, la misma persona obtiene la Inscripción N.º 19238729 a nombre de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, con sexo femenino, posteriormente, con fecha 1 de julio de 1992, obtiene la inscripción N.º 19327439, teniendo como sustento el documento anterior, consignando los mismos nombres, género y demás datos. Finalmente, con fecha 25 de febrero de 1997, la parte actora obtiene el Documento N.º 19327439, según el Formulario N.º 00209464, a través del trámite de duplicado, identificándose nuevamente como Karen Mañuca Quiroz Cabanillas. A raíz de todos estos hechos la Unidad de Investigaciones de la GO/RENIEC realizó un Examen de Confrontación Monodactilar que concluyó que existía identidad dactilar entre todas las muestras, tratándose de una misma persona biológica que, sin embargo, había realizado dos inscripciones. Por tales razones se canceló la Inscripción N.º 19327439 a nombre de Karen Mañuca, por tratarse de una nueva inscripción efectuada por el ciudadano Manuel Jesús Quiroz Cabanillas, no habiéndose vulnerado derecho constitucional alguno.

El Trigésimo Primer Juzgado Penal de Lima, con fecha 14 de febrero de 2005, declara improcedente la demanda de hábeas corpus, por considerar que la parte actora no ha esclarecido su verdadera identidad, ni tampoco ha señalado los pormenores relacionados a su doble inscripción en el RENIEC. Por otra parte, las anomalías que pudieron cometerse en el proceso regular deben resolverse dentro de él mismo y no en uno de naturaleza constitucional, ya que no hay vulneración a la libertad individual.

La recurrida, confirma la apelada esencialmente por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

Petitorio de la demanda

1. Según fluye de autos, mediante la demanda la parte actora persigue que el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC) expida el duplicado de su Documento Nacional de Identidad, tras considerar que la negativa de realización de dicho trámite vulnera sus derechos constitucionales a la vida, a la identidad, a la integridad psíquica y física, al libre desarrollo y bienestar, y a la libertad personal.
2. En el contexto señalado, es pertinente precisar que lo que la parte actora reclama en el presente caso no sólo se limitaría a la expedición formal del citado documento de identificación, sino a que éste contenga los datos renovados que señala (nuevo nombre), en mérito a la rectificación de su Partida de Nacimiento, de manera que no sólo se trataría de un nuevo documento sino de una nueva forma de identificarse, ya no como don Manuel Jesús Quiroz Cabanillas, sino como doña Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, la cual ya ha ostentado, según se aprecia de la copia del DNI que corre a fojas 8 de autos.

Los problemas colaterales alrededor del presente caso

3. En principio, el Tribunal Constitucional estima oportuno precisar que del caso de autos subyacen una serie de problemas respecto de los cuales es necesario emitir pronunciamiento, habida cuenta que la discusión planteada contiene elementos que van más allá de un asunto meramente formal o legal, pues comprometen otros valores constitucionales que, por su propia relevancia, requieren de definición expresa.
4. En tal sentido, este Colegiado se pronunciará acerca de lo que representan el principio de dignidad, el derecho a la identidad y el rol del Documento Nacional de Identidad.

El Principio Derecho Dignidad y sus alcances

5. Conforme a la Constitución Política del Perú, la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento. Desde el artículo 1° queda manifiesta tal orientación al reconocerse que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, y complementarse dicha línea de razonamiento con aquella otra establecida en el artículo 3°, que dispone que “La enumeración de los derechos establecidos (...) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre (...)”.
6. Existe, pues, en la dignidad, un indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los derechos de un adecuado soporte direccional. Es esta misma lógica la que, por otra parte, se desprende de los instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos, que hacen del principio la fuente directa de la que

dimanan todos y cada uno de los derechos del ser humano. Así, mientras el Preámbulo la Declaración Universal de los Derechos Humanos considera que “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca (...)”, el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce no sólo que “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables” sino que “(...) estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana”.

7. De este reconocimiento de la dignidad humana en el Derecho constitucional e internacional, se deriva la naturaleza de sus alcances jurídicos, en tanto, sustrato axiológico y soporte estructural de la protección debida al individuo, configurándose como “(...) un minimum inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover” [STC N.º 0010-2002-AI, Caso Marcelino Tineo Silva]

De allí que, la dignidad sea caracterizada por la posición preferente que ocupa en el ordenamiento jurídico, y por la individualización respecto del rol de fundamento, fin y límite que a la misma le corresponde cumplir frente a la existencia de todos los derechos fundamentales.

Así, dada la esencial correlación entre derechos fundamentales y dignidad humana, en el caso de autos, supone otorgar un contenido al derecho a la identidad personal demandado, en tanto elemento esencial para garantizar una vida no sólo plena en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material; o, en otras palabras, garantizar una vida digna.

Por tal razón, la identidad personal constitucionalmente protegida sólo será aquella que se sustente en el principio de dignidad de la persona humana.

8. En ese sentido, este Tribunal debe establecer que la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que, la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía.

Sólo así, la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado social y democrático del Derecho, aunque no comparte la naturaleza claramente determinada de otros conceptos jurídicos –v.gr. propiedad, libertad contractual, etc.– ello no puede llevarnos a colocarla, únicamente, en el plano prejurídico o de constructo filosófico. Pues, en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano.

9. Este reconocimiento del valor normativo de la dignidad humana, atraviesa por establecer, en primer lugar, que en la fundamentación misma de los derechos fundamentales que potencia y orienta los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales, se encuentra la afirmación de la multifuncionalidad que les es inherente, atendiendo a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista.

Este despliegue en múltiples direcciones inherente a los derechos fundamentales, como no podría ser de otro modo, también se encuentra presente en la dignidad humana, que es comprehensiva enunciativamente de la autonomía, libertad e igualdad humana, siendo que todas ellas en sí mismas son necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica¹ (a mayor abundamiento, *mutatis mutandi*, el derecho al debido proceso en su origen se encontró determinado por una diversidad de objetivos, tales como la garantías de libertad personal, seguridad jurídica, razonabilidad, motivación de las resoluciones, entre otros, los cuales progresivamente pasaron a conformar su contenido esencial constitucionalmente protegido).

Una vez identificado este contenido práctico –objetivo y universal, en tanto fundamentado en las necesidades concretas y reales de los hombres–, el Tribunal Constitucional se encuentra en la responsabilidad constitucional de recogerlo y concretizarlo jurisprudencialmente en un postulado normativo: el *principio-derecho* de la dignidad humana. De ahí que de la jurisprudencia de este Colegiado [STC N.º 0050-2004-AI (acumulados), N.º 0019-2005-PI/TC, N.º 0030-2005-PI, N.º 1417-2005-AA, N.º 10107-2005-PHC], encontramos que la dignidad humana constituye tanto un *principio* como un *derecho fundamental*, de forma similar a la igualdad, debido proceso, tutela jurisdiccional, etc.

10. El doble carácter de la dignidad humana, produce determinadas consecuencias jurídicas:

Primero, en tanto *principio*, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares.

Segundo, en tanto *derecho fundamental* se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma *praxis* intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos.

La partida de nacimiento

11. Es el documento a través de cual se acredita el hecho del nacimiento y, por ende, la existencia de una persona. Con este asiento registral y sus certificaciones correspondientes en los registros civiles se deja constancia del hecho inicial o determinante de la existencia de una personalidad humana.

¹ PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 4ta. Edición, 180-184

Naturaleza jurídica y trascendencia de la partida de nacimiento

12. La partida de nacimiento constituye un asiento registral y sus certificaciones instauran probanza legal:

- Del hecho de la vida.
- De la generación materna y paterna, salvo las omisiones por legitimidad.
- Del apellido familiar y del nombre propio.
- De la edad.
- Del sexo.
- De la localidad en que surge a la existencia, que lleva consigo la nacionalidad.
- De la soltería, mientras no se ponga nota marginal del matrimonio.

Es el documento que acredita la filiación y paternidad, la nacionalidad por la stirpe, la mayoría automática, por el transcurso del lapso legal, y la inscripción en otros registros, para efectos causales.

La partida de nacimiento en sí, y las notas marginales correspondientes, debe constituir microbiografía jurídica de cada persona.

De acuerdo con la legislación de cada país, está establecido que el registro civil expide documentos que los interesados utilizan con el objeto de acreditar los hechos que han sido motivo de registro. En algunos países se expide solamente un tipo de documento para cada especie de hecho, el cual es una copia textual del asiento efectuado originalmente para realizar la inscripción del hecho en el registro; a este documento se denomina partida. En otros países los documentos se expiden para cada hecho y pueden ser de texto diferente, según el objeto al cual esté destinado.

Elementos de la partida de nacimiento : nombre del individuo al nacer

13. El nombre es la designación con la cual se individualiza al sujeto y que le permite distinguirse de los demás. El nombre tiene dos componentes: el prenombre y los apellidos. El nombre es el elemento característico individual del sujeto, libre de toda vinculación preestablecida. Se refiere al nombre de pila, el cual es libre y es elegido por los padres o por el que hace la inscripción en el registro civil. La elección de un segundo o más nombres es facultativa. El nombre recoge datos históricos de la persona que la singularizan de los demás y provee la información base para la emisión del DNI. Es obligatorio tenerlo y usarlo; es inmutable, salvo casos especiales; no es comercial, puesto que es personalísimo, aun cuando se transmita por procreación; es imprescriptible, aunque se deje de usar, se haya empleado uno más o menos erróneo o se utilice un conocido seudónimo. Asimismo, permite la identificación, individualización y la pertenencia de una persona a una familia. Mediante el nombre se hace posible el ejercicio de derechos tales como la ciudadanía, la educación, la seguridad social, el trabajo y la obtención de una partida de nacimiento, entre otros.

El apellido

14. Designación común de una stirpe que cada uno porta debido a su pertenencia al grupo y a la que se diferencia por este apelativo. El apellido es el nombre de la familia que sirve para distinguir a las personas, y es irrenunciable e inmodificable. Debe figurar primero el apellido paterno y luego el apellido materno.

El apellido no puede cambiarse respecto al que consta en la partida de nacimiento, salvo por tramitación administrativa judicial. El apellido establece la filiación, los lazos de parentesco y la paternidad. Se transmite de padres a hijos, sean hijos matrimoniales o extramatrimoniales, siempre que hayan sido reconocidos dado el caso por sentencia judicial.

El sexo del individuo

15. Es la identificación que se asigna al recién nacido y que lo ubica en el género masculino o femenino. El sexo está compuesto por diversos elementos: cromosómico, gonadal, anatómico, psicológico, registral y social, los mismos que interactúan en el sujeto de tal forma que lo configuran. Al momento de nacer la persona solo se toma en cuenta el sexo anatómico, ya que la personalidad del recién nacido, que expresará su identidad, recién comenzará a desarrollarse.

Fecha de nacimiento (hora, día, mes y año del nacimiento - día de la inscripción)

16. Establece la mayoría de edad automática; en el caso peruano, el derecho a obtener el documento nacional de identidad (DNI) se detenta desde los 18 años. La fecha de nacimiento determina límites para la celebración de actos jurídicos (matrimonio, adopción). Asimismo, la edad constituye un requisito para acceder a cargos públicos y para el goce de los derechos previsionales. Mediante la fecha de nacimiento se establece el momento en que se adquiere la ciudadanía, y se dota de derechos y deberes a la persona, con los cuales puede participar, dentro de sus limitaciones, en la vida pública del Estado; tales derechos pueden ser los relacionados con los beneficios que garantiza el Estado, así como la entrega del documento de identidad nacional, asistencia consular en el exterior o cualquier otro derecho contemplado en las normas del Estado.

El lugar de nacimiento

17. Vínculo político y social ("nacional") que une a una persona con el Estado al que pertenece. Establece la nacionalidad, que a su vez significa la pertenencia de una persona a un sistema jurídico concreto dictado por un país. Este vínculo del individuo con un Estado le genera derechos y deberes recíprocos.

Identidad y dirección de los padres

18. Establece la filiación y la paternidad es decir, el vínculo familiar respecto al hijo en primer grado de consanguinidad en línea recta; asimismo, otorga deberes y derechos tales como la patria potestad y la complejidad de otros que de ella derivan. En el ámbito del derecho penal sirve para establecer circunstancias atenuantes, agravantes o

eximentes. Estos datos, como la identidad, la dirección, nacionalidad y profesión de los padres, tienen efectos útiles para fines estadísticos.

Nombres y apellidos del registrador

19. Mediante estos datos se corrobora la formalidad y legalidad de la información que se consigna en la partida de nacimiento, de acuerdo a la legislación peruana. La partida de nacimiento debe contener el nombre y apellido, así como la edad, estado civil, naturaleza, profesión u oficio y domicilio de las partes que intervienen en el acto de inscripción.

Tratamiento de la partida de nacimiento en la legislación

20. La Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil establece que los actos concernientes al estado civil de las personas –en primer término, por supuesto, el nacimiento– se harán constar en el registro civil. Las inscripciones de los nacimientos producidos en los hospitales del Ministerio de Salud y del Instituto Peruano de Seguridad Social se realizarán obligatoriamente dentro del tercer día de producido el nacimiento, en las oficinas de registros civiles instaladas en dichas dependencias.

Las inscripciones de los nacimientos no contemplados en el párrafo anterior, se efectuarán dentro de un plazo de treinta (30) días y se llevarán a cabo, preferentemente, en la dependencia del registro bajo cuya jurisdicción se ha producido el nacimiento o del lugar donde reside el niño.

Las partidas del registro civil contienen la información referente al nombre de la persona. Ello permite, dado que los registros son públicos, que cualquier persona pueda solicitar la transcripción literal de la partida en la que consta de modo auténtico el nombre que corresponde a todo sujeto de derecho. La partida acredita en forma veraz el hecho en ella contenido, es una prueba preconstituida, salvo que se demuestre judicialmente su falsedad.

En efecto, de conformidad con el artículo 41° de la Ley Orgánica del Registro Civil de Identificación y Estado Civil, el registro del estado civil de las personas es obligatorio y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44° del mismo cuerpo normativo, los nacimientos se inscriben en el registro de estado civil.

La inscripción del nacimiento es el acto oficial en virtud del cual la persona legitimada por ley pone en conocimiento del funcionario competente del registro de estado civil, el nacimiento de una persona y el nombre propio con el que quedará inscrita; por ello, es razonable que se remita la prueba del nombre a lo que resulte en dicho registro, máxime cuando cualquier variación y los actos que de una u otra forma inciden en el nombre de la persona, también se inscriben en el citado registro; ya que, además, se inscriben en este los cambios o adiciones de nombre, las adopciones, las sentencias de filiación y el reconocimiento de hijos, entre otros.

Asimismo, dado que el registro del estado civil tiene carácter público, cualquier

interesado puede solicitar la expedición de las constancias de inscripción respectivas, las que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58° de la citada ley orgánica, son consideradas instrumentos públicos y constituyen prueba fehaciente de los hechos a que se refieren, salvo que se declare judicialmente su nulidad. En este sentido, la información relativa al nombre obrante en el registro del estado civil, acredita en forma veraz el nombre de una persona determinada.

No obstante, debe precisarse que si bien la inscripción del nacimiento de una persona en el registro de estado civil prueba el hecho del nacimiento y el nombre de la persona, ello no significa en modo alguno que dicha inscripción constituye también medio de prueba de la filiación de dicha persona. Incluso cuando al momento de inscribir el nacimiento y subsecuente nombre también se haya efectuado el reconocimiento del hijo extramatrimonial, en tal caso, en puridad, será este último acto el que acredite la filiación, mas no la inscripción del nacimiento. Al respecto, el artículo 52° de la ley orgánica antes citada contempla una disposición expresa en el sentido señalado.

Por otro lado, si bien el incumplimiento de la obligación de registrar el nacimiento y subsecuente nombre de una persona impide la obtención del documento nacional de identidad (DNI) y la expedición de alguna constancia por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, y, consecuentemente, el ejercicio de los derechos para los que se requiere la previa obtención del DNI o la previa identificación de la persona, la falta de inscripción del nacimiento de una persona no autoriza en modo alguno que se desconozcan o nieguen los derechos que le corresponden como ser humano, que son inherentes a su condición humana, como son el derecho a la vida, a la integridad personal, a la legítima defensa, etc.

Tales afirmaciones pueden apreciarse en situaciones concretas; así, se tiene, a guisa de ejemplo, un caso de prestación de alimentos resuelto por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Exp. N.º 462-2003 Cajamarca), que fue revisado por dicha Sala por haberse contravenido las normas que garantizan el debido proceso, vulnerado normas de carácter imperativo y perjudicado el derecho a accionar de una menor alimentista, privándola de la tutela jurisdiccional efectiva por no haber sido registrada en los registros civiles, preexistencia que no puede negarse porque el certificado médico de nacimiento acredita que nació viva y que, como tal, es sujeto de derecho. La Sala consideró que el solo nacimiento de la persona le otorga titularidad sobre los derechos que le corresponden, según el Código Civil, sin que sea requisito la inscripción del nacimiento, y que debe considerarse el interés superior del niño y el adolescente.

Así, una cosa es la posibilidad de ser identificado, la que se realiza, como se ha señalado ya, con el nombre, cuya prueba se remite a la inscripción del nacimiento en el registro del estado civil, y otra cosa muy distinta el derecho de gozar de los derechos fundamentales inherentes al ser humano, el que corresponde por el simple hecho de tener vida. En este sentido, la imposibilidad de identificar a un ser humano no equivale de ninguna manera a privarlo de sus derechos como ser humano.

Una vez que se asigna una cierta denominación a cada individuo, surge la necesidad de

que éste conserve el nombre que se le ha dado. Su eventual modificación podría generar confusión e impediría la identificación de la persona. De ahí que el titular tenga también el deber de mantener la designación que le corresponde.

Por ello, como regla general se ha establecido que nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones. Sin embargo, existe una excepción, que se presenta cuando existen motivos justificados y media una autorización judicial, publicada e inscrita.

Por ejemplo, se puede decir que una persona tiene un motivo justificado para realizar cambio de nombre cuando se le ha asignado uno extravagante o ridículo, que sea móvil para la burla de terceras personas, con la consiguiente afectación de su tranquilidad y bienestar.

Asimismo, podría proceder el cambio de nombre de una persona que es homónima de un azeado y famoso delincuente o de una persona que ha sufrido escarnio público, pues tales coincidencias le impedirían realizar normalmente sus actividades cotidianas, por las continuas discriminaciones o temores de los que sería víctima.

Estos cambios de nombre deben ser debidamente garantizados por la publicidad, con la finalidad de que las personas que se sientan afectadas con tales hechos puedan impugnarlos oportunamente en sede judicial.

El artículo 826° del Código Procesal Civil vigente regula la rectificación de nombre, con trámite en vía no contenciosa, ante un Juzgado de Paz Letrado, pretensión que no puede equipararse a la de cambio de nombre, pues rectificar significa subsanar un error u omisión, generalmente involuntarios, en que se incurrió al consignarse el nombre civil en la respectiva partida de nacimiento. Por el contrario, con el cambio de nombre, lo que se pretende es cambiar una denominación personal, en mérito a ciertas motivaciones, a lo que accederá el Juez si encuentra que los motivos son justificados.

El derecho a la identidad

21. Este Tribunal considera que entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2° de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.).
22. La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos

simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos.

23. Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediateista, sino necesariamente de manera integral, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la manera de identificar del modo más adecuado a determinadas personas.

El Documento Nacional de Identidad y su importancia

24. En nuestro sistema jurídico, al igual como ocurre en otros modelos que ofrece el derecho comparado, los referentes objetivos con los que se determina la identidad suelen ser patentizados a través de algún documento especial. En el caso particular del Perú, es el Documento Nacional de Identidad el que cumple tal rol o función, constituyéndose en un instrumento que permite no sólo identificar a la persona, sino también le facilita realizar actividades de diverso orden, como participar en comicios electorales, celebrar acuerdos contractuales, realizar transacciones comerciales, etc.
25. En efecto, en nuestro ordenamiento, el Documento Nacional de Identidad tiene una doble función : de un lado, permite que el derecho a la identidad se haga efectivo, en tanto posibilita la identificación precisa de su titular; y, de otro, constituye un requisito para el ejercicio de los derechos civiles y políticos consagrados por la Constitución vigente. Además, dicho documento es requerido para el desarrollo de actividades comerciales, trámites judiciales y otros trámites de carácter personal, con lo que la carencia del mismo supone una limitación de otros derechos ciudadanos, uno de los cuales está referido a la libertad individual.
26. Como es fácil percibir, de la existencia y disposición del Documento Nacional de Identidad depende no sólo la eficacia del derecho a la identidad, sino de una multiplicidad de derechos fundamentales. De ahí que cuando se pone en entredicho la obtención, modificación, renovación, o supresión de tal documento, no sólo puede verse perjudicada la identidad de la persona, sino también un amplio espectro de derechos, siendo evidente que la eventual vulneración o amenaza de vulneración podría acarrear un daño de mayor envergadura, como podría ocurrir en el caso de una persona que no pueda cobrar su pensión de subsistencia, por la cancelación intempestiva del registro de identificación y del documento de identificación que lo avala.
27. Así, este Colegiado considera que en los casos en los que están de por medio discusiones sobre la identificación de las personas, generadas por la afectación de un Documento Nacional de Identidad, resulta imprescindible revisar, minuciosamente, el

comportamiento de la autoridad, funcionario o persona emplazada, así como los eventuales daños que tal comportamiento haya podido generar. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que es en tales supuestos que debe centrarse la controversia de autos, encontrándose habilitado para emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Análisis del caso concreto

28. En el presente caso se reclama la expedición de un duplicado del Documento Nacional de Identidad con los datos actualizados que venía registrando la parte demandante, quien anteriormente había poseído un documento sustentado en una inscripción registral que por razones que –según alega– desconoce, ha sido dejada sin efecto por parte de la entidad emplazada.
29. Como ya se ha adelantado, este Tribunal se encuentra habilitado para emitir un pronunciamiento sobre el particular, no sólo por lo expuesto en el Fundamento N.º 27, *supra*, sino porque conforme al inciso 10) del artículo 25º del Código Procesal Constitucional, procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere el derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, en tanto conforma la libertad individual.
30. Aunque de autos fluye que la parte actora habría contado sucesivamente con dos identidades distintas ante el Registro Electoral –situación que, según alega la emplazada a fojas 18 de autos, constituye un ilícito penal– no corresponde a este Tribunal emitir un pronunciamiento sobre el particular, en tanto la probable existencia de un ilícito debe ser determinada ante las instancias competentes. Se trata, por el contrario, de establecer si al no contar con documento de identidad, la parte demandante es perturbada en su derecho a la identidad, razón por la cual, corresponde evaluar la actuación de la administración.
31. Del análisis efectuado en la presente causa se aprecia que la parte demandante obtuvo dos inscripciones en fichas diferentes, ante el Registro Electoral, bajo distintos prenombrados, según consta a fojas 22 y 26 de autos (la primera, el 4 de mayo de 1976, como Manuel Jesús; y la segunda, el 26 de junio de 1989 como Karen Mañuca), y que cuenta con un mandato judicial a su favor de rectificación, únicamente de nombres, de fecha 22 de marzo de 1989, mediante el que se modificaron los nombres consignados en su partida de nacimiento –fojas 5–. Sin embargo, con fecha 24 de mayo del 2000, y en virtud de un proceso de depuración del padrón electoral, se canceló la segunda inscripción y registro de la parte actora, en aplicación del artículo 67º, inciso 4) de la Ley N.º 14207 –depuración de las inscripciones múltiples– a fin de evitar una multiplicidad de éstas.
32. Así, con fecha 21 de junio del 2001, la parte demandante solicitó a la emplazada la rectificación de los datos contenidos en el registro N.º 19203903 (primer y único registro vigente como Manuel Jesús), trámite que fue rechazado en su aprobación con la observación “por oficiar partida de nacimiento”, según se aprecia a fojas 24 de autos, situación que si bien nace a partir de una solicitud de su parte, el transcurso del tiempo

en su ejecución –más de 4 años– y la consiguiente demora en la expedición del documento de identidad, así como la ausencia de una respuesta por escrito a dicho pedido, es una situación que vulnera los derechos a la dignidad e identidad de la parte demandante, pues dicha conducta administrativa (inactividad formal) resulta contraria a nuestro Texto Constitucional.

33. En efecto, en el presente caso, el Tribunal Constitucional estima que la autoridad administrativa no puede pretender ampararse en el hecho de tener la calidad de titular del Registro Único de Identificación para no emitir el correspondiente documento de identidad a favor de la parte actora. En efecto, si la emplazada consideraba que en el procedimiento que iniciara la parte demandante en junio del año 2001 –nueva rectificación del nombre de Manuel Jesús, según se aprecia a fojas 24– requería verificar, necesariamente, los nuevos nombres contenidos en la partida de nacimiento (rectificados por mandato judicial), resulta irrazonable que a la fecha de interposición de la presente demanda –9 de febrero de 2005– dicho trámite no haya concluido con la expedición del documento de identidad que le corresponda, o la emisión de una resolución administrativa que motive las razones de su rechazo.
34. En todo caso, importa señalar que este Tribunal no está desconociendo las competencias con que cuenta la emplazada. En efecto, si bien es cierto, las autoridades del RENIEC gozan de facultades para efectuar fiscalizaciones en los registros a fin de detectar irregularidades o duplicidad de inscripciones, en su calidad de Titular del Registro Único de Identificación, conforme a lo dispuesto por los artículos 176° y 177° de la Carta Magna, sin embargo, lo que no puede hacer es ejercer dichas atribuciones en forma lesiva a los derechos fundamentales a la dignidad e identidad, como ha ocurrido en el caso de autos debido al excesivo tiempo transcurrido.
35. No debe perderse de vista que, si bien es cierto, la administración ha actuado con arreglo a ley, pues conforme al inciso 4) del artículo 67°, y el artículo 77° de la Ley N.° 14207, está permitida la depuración del registro electoral por inscripciones múltiples, en cuyo caso, **sólo la primera inscripción conservará su validez**, cancelándose todas las demás, sin embargo, **la parte demandante cuenta con una decisión judicial** que ha permitido la modificación de los nombres consignados en su partida de nacimiento –no cuestionada en autos– según consta en la copia que corre a fojas 5, mandato **que ha adquirido la calidad de cosa juzgada** y que se encuentra vigente; en consecuencia, la inscripción realizada el 24 de mayo de 1976 como Manuel Jesús Quiroz Cabanillas está vigente, lo único que ha variado es el nombre a “Karen Mañuca”, quedando inalterables los demás elementos identitarios (sexo, fecha de nacimiento, etc.) contenidos en la inscripción original.
36. Por lo demás, conviene reiterar lo expuesto en el Fundamento N.° 30, *supra*, en el sentido que, independientemente de los supuestos ilícitos penales a los que alude la RENIEC a fojas 18 (aunque en autos no se ha acreditado que siquiera se haya interpuesto denuncia penal alguna), los que, de ser el caso, deben ser objeto de la investigación que corresponda, la administración está en la obligación de proveer a todo ciudadano que así lo solicite, como es el caso de la parte demandante, de un Documento Nacional de Identidad, lo cual resultará procedente en la medida que se presente la

documentación sustentatoria necesaria para tales efectos y que permita su plena identificación (en la presente controversia, la copia certificada de la partida de nacimiento que contiene la rectificación solo de nombre ordenada por mandato judicial). En todo caso, la autoridad administrativa se encuentra facultada para requerir la mencionada partida de nacimiento, o cualquier otra documentación adicional que estime pertinente (p. ej. Título Profesional), siempre que ello no se convierta en un obstáculo irrazonable –en particular, por el transcurso del tiempo– que no permita llegar a una solución que esclarezca la situación en la que la parte demandante se encuentra.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus.
2. Ordenar al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) otorgar a la parte demandante el duplicado de su Documento Nacional de Identidad con el nombre de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, pero manteniendo la intangibilidad de los demás elementos identitarios (llámese edad, sexo o lugar de nacimiento) consignados en la partida de nacimiento, atendiendo a lo expuesto en el fundamento N.º 35, *supra* – mandato judicial–, y sin perjuicio de lo establecido en el fundamento N.º 36, *supra*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GARCÍA TOMA
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
LANDA ARROYO**

EXP. 2273-05-PHC/TC
LIMA
KAREN MAÑUCA
QUIROZ CABANILLAS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular con el debido respeto por la opinión vertida por el ponente, por los fundamentos siguientes:

1. El recurrente en su pretensión quiere que el RENIEC le otorgue un Documento Nacional de Identificación (DNI) cambiando el nombre de Manuel Jesús Quiroz Cabanillas por el de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas. Manifiesta que existe una resolución judicial de fecha 20 de mayo de 1,989 emitida en Proceso No Contencioso por el Juez Provisional en lo Civil de Pacasmayo, Sr. Víctor Correa Rojas, que en copia simple aparece a fojas 5 de autos, que ordena la “rectificación” de su partida de nacimiento en el sentido que él propone y que pese a ello el RENIEC le niega dicho derecho.
2. De lo actuado aparece la existencia de un primer DNI del recurrente, confeccionado en base a su partida de nacimiento y a los datos de identificación alcanzados al RENIEC por el propio titular Manuel Jesús Quiroz Cabanillas, de sexo masculino.
3. Con posterioridad y en base a una “rectificación” de su partida de nacimiento dispuesta por un Juez Civil en Procedimiento no contencioso que constituye para el caso, a no dudarlo, trámite irregular con el que dicho Juez rebasó sus atribuciones desde que no se limitó a los dictados de la ley procesal que le permitía sólo subsanar o corregir un error material evidente, alterando así la identidad del titular al cambiarle el nombre pues le puso Karen Mañuca (femeninos) por el original Manuel Jesús (Masculino) quedando así identificado el recurrente como Karen Mañuca Quiroz Cabanillas. La partida original fue asentada el 04 de mayo de 1976 en el Registro civil de nacimientos a cargo del Concejo Provincial de Pacasmayo y la modificación por el juez de dicho lugar se realizó por auto de fecha 22 de mayo de 1,989 conforme la anotación marginal agregada el 03 de mayo de 1989 según la copia antes referida.
4. Teniendo el señor Manuel Jesús Quiroz Cabanillas la copia autenticada de su partida de nacimiento modificada, sorprende a los funcionarios de RENIEC para conseguir un nuevo documento de identificación en nueva inscripción en vez de solicitar la rectificación del registro anterior que estaba vigente. Esta actitud vino a significar la titularidad del recurrente en dos partidas de identificación en el RENIEC, institución que le otorgó así el DNI 1211481 (libreta electoral) y después el DNI número 19203903, apareciendo en el primero como Manuel Jesús y en el segundo como Karen Mañuca.

5. El RENIEC en ejercicio de sus atribuciones legales, al efectuar una revisión y depuración de sus registros, conforme al inciso 4 del artículo 67 de la ley número 14207, que señala que la depuración tiene por objeto excluir de este en forma definitiva o temporal las inscripciones múltiples, comprobó la irregular duplicidad procediendo a la anulación de la segunda partida, es decir del segundo DNI del recurrente numerado con el 19203903, lo que entraña que con esa anulación mantuvo su vigencia el primero, descartándose así como correspondía el instrumento de la partida anormalmente modificada por el citado Juez. Es menester señalar que tratándose de una intervención del Juez en trámite sin contención para el que la ley lo convierte en un funcionario administrativo, la decisión analizada no podía y no puede traer la consecuencia de la cosa juzgada. En conclusión el demandante tiene vigente el DNI que le corresponde y no puede pretender así que se le entregue copia del DNI que por anulado ya no existe, lo que precisa y expresamente ha reconocido la institución demandada cuando al contestar la demanda expresa "... que el recurrente está haciendo uso de una identidad cancelada por doble inscripción y lo ilegal no genera derecho... la inscripción primigenia como Manuel Jesús Quiroz Cabanillas mantiene su eficacia jurídica quedando expedito su derecho para ejercerla...". Es pues necesario decir que el demandante no puede hacer, a través del engaño y utilizando una partida de nacimiento no rectificadas sino alteradas por juez competente a quien consiguió conducir al trámite administrativo judicial del denominado procedimiento no contencioso, exigencia de entrega de un instrumento oficial en el que aparecería con nombre cambiado de mujer. En todo caso de no estar conforme con la decisión anulatoria a la que hacemos referencia ha debido recurrir al proceso contencioso administrativo puesto que no se trata de una privación de su derecho a la obtención de su correspondiente documento de identificación que lo tiene sino de la persistencia de aparecer en el registro público, en nueva versión identificatoria, como mujer y no como hombre.
6. El artículo 19 del Código Civil señala que toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre, lo que obviamente incluye los apellidos. Sin embargo el referido código prohíbe cambiar el nombre o hacerle adiciones sin motivos justificados, a no ser que el cambio o la adición provenga de autorización judicial naturalmente en proceso en el que el recurrente acredite los hechos que fundamentan su pretensión, resolución que tiene que inscribirse en el Registro correspondiente (artículo 29). El artículo 1331° del Código de Procedimientos Civiles (con el cual se tramitó la "rectificación" en 1,989) previó que la rectificación de nombre se realiza en Proceso No Contencioso, lo que ha sido recogido por el inciso 9 del artículo 749 del Código Procesal Civil que permite la inscripción (a destiempo) y la "rectificación" de las partidas de los registros civiles en trámite sin contención (mal denominada "jurisdicción voluntaria), código que incluso en su artículo 750 vino a establecer una competencia exclusiva de los Juzgados de Paz Letrados para estos casos, competencia que posteriormente por la ley 27155, artículo 3, al modificar el artículo 750 del Código Procesal citado, ratifica la competencia de los Juzgados de Paz Letrado y a su vez permite que las rectificaciones de partida se puedan hacer ante Notario Público, con lo que legalmente queda precisado que la participación del Juez de Paz Letrado constituye tarea simplemente administrativa.

La ley 26662, denominada Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos

ya había previsto la competencia del Juez de Paz Letrado y también la del Notario Público, a elección del interesado, para los asuntos de inscripción y rectificación de las partidas del registro civil, precisando en su artículo 15 que “las rectificaciones que tengan por objeto corregir los errores y omisiones de nombre, apellidos, fecha de nacimiento, de matrimonio, defunción u otros que resulten evidentes del tenor de la propia partida o de otros documentos probatorios, se tramitarán ante notario. En ningún caso se podrá seguir el trámite notarial para cambiar el nombre de la persona o sus apellidos, el sexo u otra información contenida en la partida que no surja de un error evidente”. Para la precisión de lo que significa rectificar o enmendar una partida, el Código procesal Civil señala en el artículo 829 lo siguiente: “Las personas cuyos nacimientos se hayan inscrito en los Registros del Estado Civil de las Municipalidades de la República y Consulados del Perú, en cuyas partidas figuren por error entre sus nombres y apellidos la palabra “de” o las letras “y”, “i”, “e” o “a”, u otro error manifiesto de ortografía, de sexo o similar que fluya del propio documento, podrán pedir su rectificación. El Juez, sin observar el trámite del Artículo 754, dispondrá de plano la rectificación correspondiente.”

7. De lo expuesto en los fundamentos precedentes se infiere que la inscripción y rectificación de partida de nacimiento sólo procede cuando no se practicó dentro del plazo legal ante la autoridad competente (registrador) y cuando en la partida inscrita aparece a la vista un error de simple comprobación, ambos en el procedimiento administrativo respectivo y por ello la ley, señala que dicha inscripción y/o rectificación debe realizarse ante Juez o Notario, con lo que traslada el pedido administrativo a la vía judicial o notarial. En ambos casos, judicial o notarial, para la inscripción y/o rectificación de partida no hay emplazamiento válido ni contradicción, generándose así una resolución que no puede tener la calidad de cosa juzgada.
8. Por otra parte nos encontramos frente a supuestos de hecho diferentes: Rectificación, adición y cambio de nombre. La rectificación, según la Real Academia Española, es corregir las imperfecciones, errores o defectos de algo ya hecho. Dice la Academia que la adición es la acción y efecto de añadir, ello sirve para los supuestos en que la mujer aumenta el apellido del marido agregando la sílaba “de” y luego el apellido paterno del marido, y por último dicha institución establece que el cambio supone dejar una cosa o situación por otra, que es lo que ha ocurrido en el caso de autos. El Código Procesal Civil señala que sólo proceden las inscripciones o rectificaciones en proceso no contencioso dejando la pretensión del cambio de nombre para el proceso de conocimiento que por su complejidad exige una amplia estación probatoria con defensa y contradicción por la relevancia que supone dicho cambio frente a los terceros.
9. El recurrente en base a una “rectificación” de su partida de nacimiento dispuesta por un Juez Civil en procedimiento no contencioso y en trámite irregular en el que rebasó sus atribuciones, pues no se limitó a los dictados de la ley procesal para subsanar o corregir un error material, sino que alteró en la partida, la identidad del titular con el pre nombre de “Karen Mañuca”, siendo el titular Manuel Jesús, que constituye el motivo que lo trae al proceso constitucional, tramita y obtiene en el RENIEC la expedición de un nuevo DNI, sorprendiendo al RENIEC al indicar como sexo el femenino, lo que significa dos documentos distintos para una misma persona.

10. El RENIEC en ejercicio de sus atribuciones legales, al efectuar una revisión y depuración de sus Registros anula el segundo DNI, lo que significa que ha recobrado vigencia el primero, descartando como corresponde la alteración del Juez Civil que por lo dicho precedentemente no causó jamás cosa juzgada en relación al nombre modificado del recurrente, y esto es lo que persigue en el presente proceso y no el reconocimiento de su identificación que nadie puede negar. El demandante en consecuencia mantiene incólume su identidad conforme a su primer DNI, el que al habersele “extraviado”, le da derecho a solicitar y obtener un duplicado ante el RENIEC. Lo que no puede hacer es, a través del engaño y utilizando una partida de nacimiento no rectificadas sino alteradas por un Juez al que consiguió conducir al carril no contencioso, es conseguir administrativamente el reconocimiento oficial de una nueva identidad.

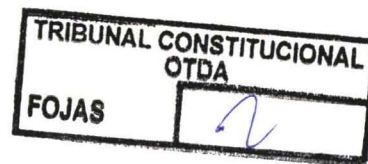
Por tanto mi voto es por que se declare **INFUNDADA** la demanda entendiéndose que el RENIEC, teniendo por vigente el primer DNI del demandante (Manuel Jesús), debe hacerle entrega del duplicado correspondiente ante la pérdida del documento original según afirma.

SR.

VERGARA GOTELLI



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

RAZÓN DE RELATORÍA

En la presente causa, la sentencia ha sido votada por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pero no por el señor magistrado Beaumont Callirgos debido a que, aun cuando estuvo presente en la vista de la causa, no llegó a votar y mediante Resolución Administrativa N° 66-2013-P/TC de fecha 3 de mayo de 2013, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 6 de mayo de 2013, se ha declarado la vacancia de dicho magistrado por la causal establecida en el artículo 16°, inciso 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Los votos emitidos alcanzan la mayoría suficiente para formar sentencia, conforme al artículo 5° (primer párrafo) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y al artículo 48° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de marzo de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente ~~sentencia~~, con el voto singular de los magistrados Mesía Ramírez y Eto Cruz, que se agrega

ASUNTO

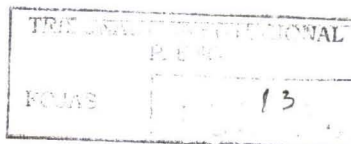
Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Rafael Alonso Ynga Zevallos, en representación de P.E.M.M. contra la resolución de la Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fojas 361, su fecha 10 de septiembre de 2012, que, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de agosto de 2010, el recurrente, en representación de P.E.M.M. interpone demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC y el Ministerio Público, solicitando el cambio de sexo (de masculino a femenino) en su Documento Nacional de Identidad (DNI) y por consiguiente en su



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTÍN

P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

partida de nacimiento. Asimismo, solicita que esta demanda se ponga en conocimiento de la Municipalidad Distrital de Miraflores (Lima).

Alega el recurrente que su poderdante (en adelante, P.E.M.M.) obtuvo, mediante un proceso judicial de cambio de nombre ante el Juzgado Civil de San Martín (Exp. 104-2008), que éste fuera cambiado de un prenombre masculino (J. L.) a uno femenino (P. E.), cambio que fue inscrito como anotación marginal en su partida de nacimiento en la Municipalidad Distrital de Miraflores (Lima). Posteriormente P.E.M.M. solicitó al RENIEC que le expida un nuevo DNI con sus nuevos nombres (P.E.), adjuntando para ello la partida de nacimiento con la anotación marginal. Refiere que el RENIEC cumplió con cambiar el prenombre de P.E.M.M. pero indicando que su sexo es “masculino”, lo cual considera que afecta su derecho fundamental a la identidad pues esto le causa un estado de depresión e incomodidad.

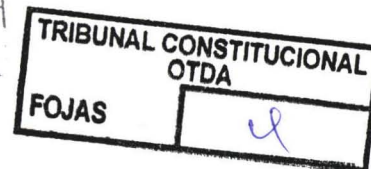
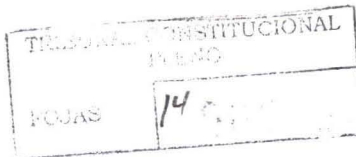
Aduce el recurrente que P.E.M.M. es un transexual, no un hombre, sino “una mujer reasignada” mediante una cirugía realizada en España, por lo que debe ser tratada como tal, y que no basta sólo tener un prenombre femenino, sino que el sexo señalado en el DNI debe estar acorde con su actual identidad.

Para el recurrente, la transexualidad es el fenómeno por el que algunas personas “cambian su sexo y adoptan socialmente el sexo contrario al de su nacimiento, sin que exista una razón física aparente que parezca predisponer a esa decisión”. Según el recurrente, en el pasado, cuando uno se preguntaba por el contenido que definía el sexo se pensaba que este era únicamente un elemento estático del ser humano, vinculado de manera exclusiva con la dimensión biológica y cromosómica; sin embargo, y gracias al avance de disciplinas como la psicología, la medicina o la antropología, la comunidad académica mundial ha convenido que el sexo es una característica dinámica ya que se da y evoluciona con el desarrollo de la persona, por lo que se puede hablar en la actualidad de un sexo social (actitud que uno asume en la sociedad) y un sexo psicológico (hábitos y comportamientos), los cuales muchas veces pueden diferir o ser contrarios al sexo cromosómico o biológico. Esto lleva a afirmar que el sexo, como categoría conceptual, debe ser visto como un todo, es decir, como una entidad bio psicosocial, por lo cual, de existir alguna contradicción entre esas dimensiones —la biológica o cromosómica, la física, social o psicológica—, es la persona la que elegirá libremente a qué sexo pertenecer y el sexo elegido debe guardar coherencia con el consignado registralmente.

Coherentes con este planteamiento, a juicio del recurrente, son las razones que esgrimió P.E.M.M. al solicitar judicialmente su cambio de prenombre: “el nombre J. es propio de una persona masculina y no me identifico con dicho sexo y mucho menos con



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

el nombre antes referido, es por ello que solicito judicialmente el cambio de nombre, ya que me identifico con el sexo femenino”.

Según el recurrente, la medicina está proponiendo a la justicia lo que se conoce como la “*teoría del sexo psicosocial*”. El fundamento básico de esta teoría consiste en considerar la “*subjetividad*” del sexo como un dato del mismo rango científico que los datos biológicos, por lo que los juristas deben entender que si el sexo morfológico no coincide con el psicológico y, como consecuencia de ello, no coincide con el legalmente asignado, debe prevalecer el sexo psicológico. No obstante, precisa el recurrente que sobre esto no hay acuerdo científico, por lo que el Derecho “*debe enfrentarse a esta situación sin la certeza de la ciencia*” (fojas 81) y que su poderdante es un transexual que desde una óptica es varón y desde otra es mujer, “*ya que ni la intervención quirúrgica a la que se sometió ni el pretendido cambio de su nombre modifican este estado de hecho en virtud de la inmutabilidad de lo genético*” (fojas 87).

El RENIEC contesta la demanda expresando que ésta colisiona con el artículo 22 del Decreto Supremo N° 15-98-PCM (Reglamento de Inscripciones del RENIEC), que precisa los hechos inscribibles en el acta de nacimiento, entre los que no se encuentra el cambio de identidad sexual. Además, refiere que el Tribunal Constitucional en la STC 2273-2005-PHC/TC si bien ordenó el cambio de prenombre de masculino a femenino (Karen Mañuca Quiroz Cabanillas), mantuvo intangibles los demás elementos identificatorios (edad, sexo o lugar de nacimiento) consignados en la partida de nacimiento.

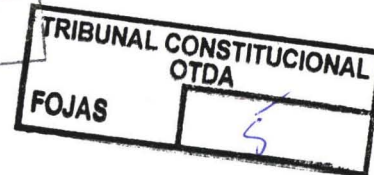
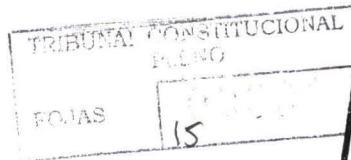
A fojas 170, la Fiscal Provincial Encargada de la Primera Fiscalía Provincial de Familia de San Martín, Tarapoto, devuelve la demanda, expresando que, de conformidad con el artículo 96° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, la Fiscalía Provincial Civil no interviene en esta clase de procesos.

La Municipalidad Distrital de Miraflores se apersona al proceso y afirma que si bien la demanda se sustenta en la STC 2273-2005-PHC/TC, en ella sólo se ordena el cambio de prenombre (de masculino a femenino: Karen Mañuca Quiroz Cabanillas) en el DNI, pero no de sexo.

El Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de San Martín, con fecha 3 de mayo de 2012, declara fundada la demanda, ordenando el cambio de sexo a femenino de P.E.M.M., tanto en su DNI como en su partida de nacimiento, por considerar que si en un inicio se pensó que el sexo era sólo un elemento estático de la personalidad del ser humano, al hacerse referencia al sexo biológico o cromosómico al momento de inscribir el nacimiento en el Registro Civil, dicha



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

definición ha cambiado y así, desde un enfoque multidisciplinario, el sexo es un elemento dinámico, ya que se da en el transcurso del desarrollo de la persona y está referido a la peculiar actitud que asume ésta en sociedad (sexo social), a los hábitos y comportamientos (sexo psicológico), los que incluso pueden diferir del sexo cromosómico, por lo que de existir contradicción entre el sexo cromosómico, psicológico, físico y social (disforia de género), es la persona quien decide libre y voluntariamente a qué sexo pertenecer. En el caso de autos, P.E.M.M. se siente pertenecer al sexo femenino y no al masculino, existiendo una disociación entre su sentimiento, pensamiento y vida como mujer con la apariencia genital, repudiando su nombre y todo lo que tiene que ver con la condición masculina que le asignaron al nacer.

A su turno, la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, revocando la apelada declaró improcedente la demanda, por considerar que el amparo no es la vía idónea para pedir el cambio de sexo en el DNI y en la partida de nacimiento, sino el proceso de conocimiento conforme al artículo 475, inciso 1, del Código Procesal Civil.

FUNDAMENTOS

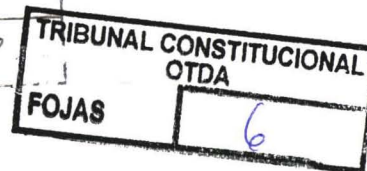
1) Delimitación del petitorio

En el caso de autos, el recurrente pide que se cambie el sexo (de masculino a femenino) en el DNI y en la partida de nacimiento de P.E.M.M. Ello en razón de que ya ha conseguido judicialmente que su prenombre masculino sea cambiado por uno femenino (de J.L. a P.E.), y así consta en su partida de nacimiento y DNI, pero en dichos documentos su sexo permanece como masculino.

En cuanto al derecho fundamental supuestamente afectado en el presente caso, este Tribunal considera que éste es el derecho a la identidad. No sólo porque ese es el derecho invocado por el recurrente (cfr. fojas 70), sino también porque ya antes este Tribunal ha considerado que ese es el derecho involucrado en controversias relativas al registro de estado civil (cfr. SSTC 2273-2005-PHC/TC, 5829-2009-PA/TC). Debe mencionarse también que el recurrente hace una enumeración de otros derechos que, a su juicio, se relacionan con el derecho a la identidad (cfr. fojas 81 a 87), pero luego precisa que en concreto éste es el derecho que considera violado en el caso de autos (cfr. fojas 87), por lo que el pronunciamiento de este Tribunal se centrará en dilucidar si existe o no la alegada afectación al derecho a la identidad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

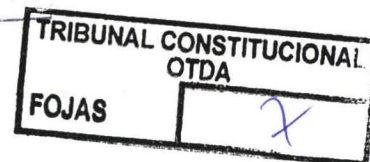
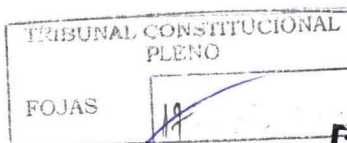
P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

2) Sobre la vulneración al derecho a la identidad (artículo 2, inciso 1, de la Constitución)

1. Ya ha referido este Tribunal que entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2 de la Constitución, *“entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)”* (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 21). *“La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros”* (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 22). De esta forma, cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras, pero aun *“cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediateista, sino necesariamente de manera integral”* (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 23).
2. Ha destacado también este Tribunal que en nuestro ordenamiento jurídico el DNI permite que el derecho a la identidad se haga efectivo, en tanto posibilita la identificación precisa de su titular; pero también constituye un requisito para el ejercicio de los derechos civiles y políticos consagrados por la Constitución (cfr. STC 5829-2009-PA/TC, fundamento 6).
3. Respecto a la partida de nacimiento, este Tribunal ha señalado que *“es el documento a través de cual se acredita el hecho del nacimiento y, por ende, la existencia de una persona. Con este asiento registral y sus certificaciones correspondientes en los registros civiles se deja constancia del hecho inicial o*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

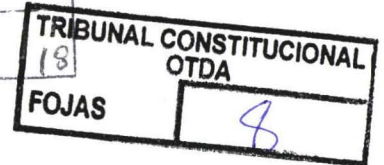
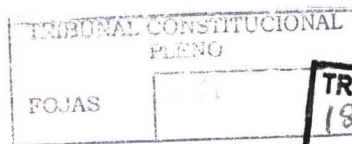
determinante de la existencia de una personalidad humana” (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 11) y permite la probanza legal:

- *Del hecho de la vida.*
- *De la generación materna y paterna, salvo las omisiones por legitimidad.*
- *Del apellido familiar y del nombre propio.*
- *De la edad.*
- **Del sexo.**
- *De la localidad en que surge a la existencia, que lleva consigo la nacionalidad.*
- *De la soltería, mientras no se ponga nota marginal del matrimonio (...)*
(STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 12; énfasis añadido).

4. Queda claro que el sexo forma parte de la identidad de la persona y, como tal, debe quedar correctamente constatado en el Registro del Estado Civil en donde se inscriben los nacimientos (cfr. artículo 44, inciso “a”, de la Ley N° 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, en adelante LORENIEC). El Tribunal Constitucional ha precisado al respecto que la identificación que se asigna al recién nacido relativa al sexo lo ubica en el género *masculino* o *femenino* y que entre los factores que pueden constituir el sexo del individuo (que cabe clasificar en *biológicos* y *psicosociales*), “*al momento de nacer la persona sólo se toma en cuenta el sexo anatómico*” (STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 15), es decir, el *sexo genital*, que es parte del *sexo biológico*.
5. Para el Derecho, entonces, el sexo viene a ser el *sexo biológico*, el *sexo cromosómico* o *genético* instaurado en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que determina el sexo femenino o masculino: cromosomas XX (femenino), cromosomas XY (masculino). La diferencia entre los sexos responde, pues, a una realidad extrajurídica y biológica que debe ser constitucionalmente respetada por fundarse en “*la naturaleza de las cosas*” (artículo 103 de la Constitución), y en tanto que la ciencia aporta que el sexo cromosómico no se puede cambiar, el sexo es indisponible para el individuo.
6. El sexo (femenino o masculino) asignado a la persona desde su nacimiento, es uno de aquellos rasgos distintivos de carácter *objetivo* (como lo es la “*herencia genética*”: STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 21), viniendo tal característica de una realidad biológica indisponible, necesaria para que la persona pueda ser individualizada como corresponde a su derecho a la identidad y al correlativo deber de respetar los derechos e intereses de terceros. Asimismo, tal realidad genética resulta determinante para las distintas consecuencias que se derivan de la condición de mujer y de hombre en el ordenamiento jurídico (por ejemplo, en lo que respecta al derecho o capacidad para contraer matrimonio o *ius connubii*).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

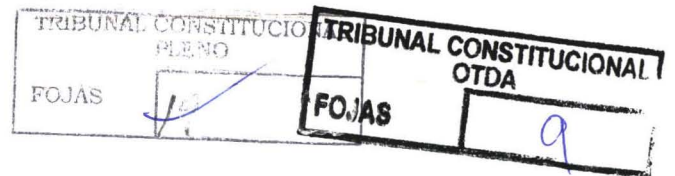
SAN MARTIN

P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

7. Esta doctrina de la indisponibilidad del sexo como elemento de identidad en el registro de estado civil, ya se encuentra en lo resuelto por este Tribunal en la STC 2273-2005-PHC/TC, donde se autorizó el cambio de prenombre del recurrente (de masculino a femenino), pero manteniéndose *“la intangibilidad de los demás elementos identitarios (llámese edad, sexo o lugar de nacimiento)”* (punto 2 resolutivo; énfasis añadido). Coherente con ello, la LORENIEC no prevé el cambio de sexo, pero sí contempla la inscripción de los cambios o adiciones de nombre (cfr. artículo 44, inciso “m”, de la LORENIEC).
8. Por supuesto, esta indisponibilidad del sexo en el registro civil, no se ve perjudicada por la posibilidad de rectificar, incluso administrativamente, las inscripciones cuando *“se determina algún error en la inscripción”* (cfr. artículo 71 del Decreto Supremo N° 15-98-PCM, Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil).
9. Este yerro en la inscripción en lo que respecta al sexo de la persona, ocurriría cuando exista un desajuste en el propio sexo cromosómico, es decir en la propia biología, como los casos de intersexualidad o hermafroditismo. Es decir, el cambio de sexo en el registro se puede justificar si se alega error en la apreciación del sexo al momento de la inscripción y se aportan las correspondientes pruebas médicas que demuestren que ha habido en el registro un error de redacción, apreciación equivocada del sexo aparente y genital (sexo anatómico) o errores biológicos que el individuo registrado no haya causado voluntariamente.
10. En el caso de autos, el recurrente en ningún momento aduce que P.E.M.M. sea cromosómica, hormonal, gonádica o morfológicamente correspondiente al sexo femenino. El recurrente sustenta el reclamo de cambio de sexo de P.E.M.M. en razones exclusivamente de orden *psicológico*, al señalar que ella no se *identifica* con el sexo masculino con el que está inscrita, sino con el femenino. Asimismo, en la solicitud judicial de cambio de prenombre que presentó P.E.M.M. (expediente N° 00104-2008, que viene como acompañado), ésta afirma que fue inscrita con un prenombre de acuerdo con su sexo biológico (masculino), pero que desde su infancia *“se sentía como si perteneciera al sexo opuesto”* (fojas 28); que con sus documentos se *“confrontaba con una realidad no deseada, la de que biológicamente era hombre”*, y que en España *“luego de una evaluación minuciosa (psicológica) se (le) diagnosticó transexualismo o disforia de género [en otras palabras que si bien era un hombre biológico (su) conducta era la de una mujer] y por lo tanto la única posibilidad era que a través de una operación de cambio de genitales externos y vaginoplastia cutánea peneana (es decir cambio de sexo) (sic),*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

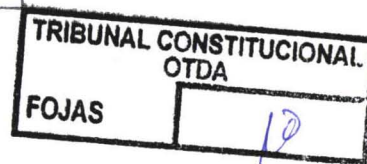
P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

podía superar esta patología” (fojas 30-31). Es claro que no identificarse con el sexo biológico masculino o sentirse del sexo femenino, hace alusión a una “patología” (como ella misma le llama) psicológica, como lo prueba además, según ella manifiesta, haber sido sometida a una “evaluación minuciosa” de orden psicológico para diagnosticarle “transexualismo”.

11. En el mismo sentido, los informes médicos emitidos en España que obran en el referido expediente judicial que viene como acompañado, en ningún caso refieren que P.E.M.M. sea intersexual o hermafrodita, sino que padece un trastorno de orden psicológico. Así, el cirujano plástico reconstructivo y estético deja constancia que la paciente P.E.M.M. – J.L.M.M. ha sido diagnosticada “*de transexualismo o disforia de género*”, “*ha recibido tratamiento hormonal por tiempo superior a un año*” y ha sido intervenida por él “*de cambio de genitales externos y vaginoplastia cutánea peneana*” (fojas 7). Igualmente, el informe psiquiátrico de fojas 74 señala que “*se confirma el diagnóstico de trastorno de la identidad sexual*” (énfasis añadido), que “*la paciente está realizando tratamiento hormonal desde los 16 años, manteniendo tratamiento hormonal feminizante*”, que “*ha sido sometida a cirugía de reasignación sexual de hombre a mujer*”, por lo que concluye que “*ha recibido el tratamiento adecuado para su trastorno, y desde el inicio del tratamiento la adaptación progresiva a los cambios ha sido favorable*”.
12. De todo ello queda claro que P.E.M.M. no presenta un caso de intersexualidad o hermafroditismo que haya ocasionado un error al momento de registrar su sexo y que, por tanto, éste deba ser rectificado. Es una persona de constitución sexual masculina en la cual no existen características físicas o funcionales de los dos sexos que permitan clasificarla como intersexual y necesitada del discernimiento del sexo predominante, sino que en ella se presenta una especie de falta de coherencia plena entre el sexo biológico, absolutamente masculino, y un sexo psicológico que le condujo a desear el sexo femenino y, en esa línea, a la práctica de la operación quirúrgica y a un tratamiento hormonal. Se trata pues de un transexual, como afirma el propio recurrente (cfr. fojas 87), es decir, de una persona que muestra una incongruencia entre lo psíquico y lo orgánico.
13. La Organización Mundial de la Salud (OMS) clasifica al transexualismo dentro de los trastornos de la personalidad y del comportamiento, definiéndolo como el deseo del individuo de vivir y ser aceptado como un miembro del sexo opuesto, que suele acompañarse de sentimientos de malestar o desacuerdo con el sexo anatómico propio [cfr. *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-10)*, F64.0].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

14. No debe confundirse la transexualidad con el hermafroditismo o los estados intersexuales ya referidos. El transexualismo es un trastorno mental, en el que no hay ninguna patología anatómica o genética. El transexual posee un sexo biológico perfectamente definido, sin ambigüedades, como hombre o mujer. Tiene la convicción de que su sexo anatómico es erróneo, pero el error está en su mente, no en su anatomía. Por ello, desde la medicina se dirá que *“el transexual no modificado por las técnicas médico quirúrgicas presenta unos caracteres somáticos de absoluta normalidad. No se observa en ellos ninguna ambigüedad, ni mucho menos anomalías, en su conformación somática. Tanto los caracteres sexuales secundarios como los órganos genitales externos, las gónadas y los órganos genitales internos, incluso el sexo genético, cromatínico y cromosómico, son absolutamente normales”* (J. A. GISBERT CALABUIG, *Medicina legal y toxicología*, Masson, Barcelona 2004, p. 653).
15. P.E.M.M., según indica el recurrente, es un transexual, que se siente (psicológicamente) pertenecer al sexo contrario a su sexo biológico, sin que este último se vea modificado por la cirugía que le fue practicada pues, afirma el propio recurrente, *“ni la intervención quirúrgica a la que se sometió ni el pretendido cambio de su nombre modifican este estado de hecho en virtud de la inmutabilidad de lo genético”* (fojas 87).
16. Este Tribunal Constitucional coincide con el recurrente en lo referido a la inmutabilidad del sexo genético o cromosómico (masculino) de P.E.M.M., ya que en otra ocasión ha afirmado que *“la realización de una plastía no es evidencia de una alteración del sexo de una persona, pues la plastía también puede utilizarse con medios meramente estéticos”* (STC 2868-2004-AA/TC, fundamento 26).
17. Esto resulta corroborado por el propio cirujano plástico reconstructivo y estético que operó en España a P.E.M.M., cuando afirma: *“está intervenida por mí de cambio de genitales externos y vaginoplastia cutánea peneana”* (...) encontrándose *“después de la intervención con labios mayores y vagina muy a semejanza de los femeninos”* (fojas 7 del expediente judicial que viene como acompañado; énfasis añadido). Ello significa que la cirugía sólo ha permitido una cierta aproximación en apariencia (*“muy a semejanza”*) al sexo femenino en cuanto a su morfología externa, pero en ningún caso en la interna o en el componente cromosómico o genético.
18. Entonces, las denominadas operaciones de cambio de sexo sólo transforman (y ni siquiera totalmente) la morfología de los órganos genitales externos del individuo pero no su sexo cromosómico, aun con cirugía altamente sofisticada y tratamientos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

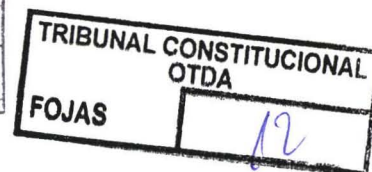
P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

hormonales (cfr. sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *I. v. The United Kingdom*, del 11 julio de 2002, n.º 62; y *Christine Goodwin v. The United Kingdom*, del 11 julio 2002, n.º 82) y pese a que se permita el cambio de sexo en el registro civil.

19. Para el recurrente, la discrepancia entre lo psicológico (*sentirse* del o *identificarse* con el sexo femenino) y lo biológico (ser del sexo masculino) que tiene quien padece el síndrome transexual (como es el caso de P.E.M.M.), se resuelve con la cirugía transexual y con la prevalencia, inclusive para efectos legales, del sexo psicológico sobre el biológico. A este propósito, habla de lo que denomina la “teoría del sexo psicosocial” cuyo fundamento básico, según él, es la “*subjetividad*” del sexo como un elemento del mismo rango científico que los datos biológicos, por lo que si el sexo biológico no coincide con el psicológico y, como consecuencia de ello, no coincide con el legalmente asignado, debe prevalecer el sexo psicológico.
20. El recurrente sostiene la tesis de que el sexo de los transexuales lo determina el sexo *psíquico* y no el sexo *cromosómico* (que en el caso de éstos, como en todas las personas, permanece siempre el mismo), por lo que el sexo para el Derecho debe ser el sexo psíquico, abandonándose el principio, ya sustentado en esta sentencia, de que el sexo cromosómico define el sexo de la persona y que éste es indisponible.
21. Sin embargo, este Tribunal advierte que este es un planteamiento sobre el cual no existe actualmente certeza o consenso científicos, sino, por el contrario, un arduo debate. En efecto, aquello que el recurrente y P.E.M.M. afirman concluyentemente sobre la cirugía como el tratamiento indicado para el trastorno de la transexualidad y la consecuente prevalencia del sexo psíquico sobre el cromosómico, está en realidad sujeto a gran polémica en el mundo científico.
22. Así, P.E.M.M. sostiene que al ser diagnosticada de transexualismo, la única posibilidad de “*superar esa patología*” era “*a través de una operación de cambio de genitales externos y vaginoplastia cutánea peneana*” (fojas 30 y 31 del expediente judicial que viene como acompañado). El cirujano plástico reconstructivo y estético afirma que frente al diagnóstico de transexualismo “*la intervención quirúrgica*” es “*la terapia más oportuna*” (nótese que no dice que sea la *única*) (fojas 7 del expediente judicial que viene como acompañado). Y el informe psiquiátrico indica que P.E.M.M. “*ha recibido el tratamiento adecuado para su trastorno*”, consistente en mantener “*tratamiento hormonal feminizante*” y someterse “*a cirugía de reasignación sexual de hombre a mujer (vaginoplastia 2001 y prótesis mamaria 2000)*” (fojas 74 del expediente judicial que viene como



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

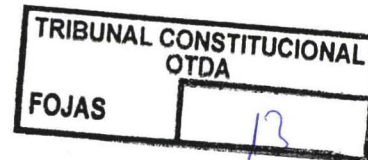
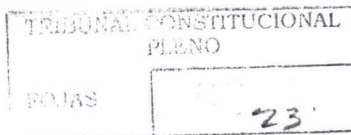
P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

acompañado).

23. No obstante, este Tribunal puede advertir que la cirugía como el tratamiento adecuado para el trastorno transexual, no es aceptada pacíficamente en el campo científico (cfr., por ejemplo, lo ocurrido en la jurisdicción interna alemana, en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 12 de septiembre de 2003, *Van Kück v. Germany*, n.ºs 12 a 28). Existen posiciones científicas para las que siendo psíquica la causa del transexualismo, se debe más bien actuar sobre la mente, por lo que es un error pretender curar lo psíquico actuando sobre lo físico, ya que en el cuerpo no hay ninguna anomalía orgánica. Por ello, en estas escuelas se abogará por un tratamiento psicológico-psiquiátrico, buscando que el transexual cure su psique para aceptar la realidad de su sexo biológico y construya su identidad sexual conforme a él.
24. Desde estas escuelas se advierte que científica y técnicamente un “cambio de sexo” no es realizable, incluso con la cirugía más perfecta. En el caso de varón a mujer, que es el más frecuente, la cirugía consiste en la extirpación de los órganos genitales, falo y testículos, y la orquiectomía y vasectomía. Posteriormente se realiza la construcción de una vagina artificial y creación de senos. Luego hay que adaptar otras partes masculinas del cuerpo, como la manzana de Adán, el cuello, el mentón, las mejillas y las caderas. Después de estas intervenciones, hay que continuar permanentemente con un tratamiento de hormonas, que tendría efectos secundarios. Aparte de las consecuencias meramente médicas, el transexual de varón a mujer en muchas ocasiones sigue sin sentirse satisfecho con su “nuevo” cuerpo porque mantiene rasgos de varón: talla, forma de la cara, mejillas, pies y manos, persistencia de la próstata y las vesículas seminales. En el caso de mujer a hombre, se precisa de la ooforectomía y mastectomía, y se construye un falo artificial con el que es imposible realizar una cópula fisiológica. Todo esto no permitiría hablar de genitales masculinos y femeninos, respectivamente, de manera que no se puede sostener que el sexo haya cambiado desde el punto de vista anatómico.
25. Por todo ello, lejos de darse por satisfecho después de las intervenciones quirúrgicas, el transexual en muchos casos sigue experimentando una nueva escisión, ahora no sólo entre su soma y su psique, sino en su propio cuerpo, en el que se conjugan elementos externos artificiales de un sexo y su propia realidad cromosómica y hormonal, de la que no consigue deshacerse, aunque haya incluso logrado un cambio legal de su sexo (cfr. “*Transexual belga decidió morir por eutanasia tras insatisfacción con operaciones*”, diario “El Comercio”, Lima 1-X-2013).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

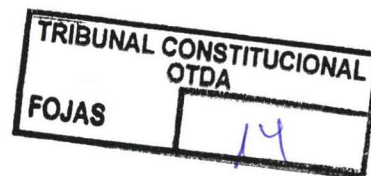
SAN MARTIN

P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

26. De hecho, ocurren casos de transexuales inscritos en el registro civil según el nuevo sexo que quieren volverlo a cambiar, lo cual plantea nuevos problemas al Derecho (cfr., por ejemplo, *“Un transexual pide al RENIEC que le devuelva su identidad de varón”*, diario “El Comercio”, Lima 20-VI-2013). Al margen de que la cirugía transexual es irreversible, pues es imposible recomponer los órganos genitales, en los países donde se lleva tiempo realizando esta cirugía puede apreciarse el problema jurídico que supone que el transexual insatisfecho con el cambio pretenda otra nueva rectificación del registro civil.
27. Como puede apreciarse, la ciencia pone en tela de juicio que la intervención quirúrgica se muestre como el único medio eficaz válido para la atenuación o eliminación del síndrome transexual. Que la transexualidad sea una patología, que genere sufrimiento y que requiera tratamiento e intento de curación, además de la comprensión social, es indiscutible. Pero, como ha quedado demostrado, en lo que los científicos no están todavía de acuerdo es sobre cuál sea el tratamiento más eficaz. El Derecho deberá interpretar sus normas o cambiar su legislación a la luz de lo que aporte la ciencia médica al respecto.
28. La pretensión del recurrente puede identificarse con aquellas tendencias que intentan romper con el modelo que afirma que el Derecho debe proteger jurídicamente lo que viene dado por la biología (o la naturaleza humana), para ir hacia un modelo conforme al cual el género es siempre construido culturalmente y no debe respetar necesariamente la naturaleza. Es decir, se ubica en el debate sobre los conceptos de sexo y género, donde se discute hasta dónde la identidad y el comportamiento sexuales están condicionados por la biología o la naturaleza o hasta dónde todo ello es construido; controversia en la que están, por un lado, quienes mantienen el criterio mayoritario (si nos atenemos a lo que muestran los distintos ordenamientos jurídicos) de que el sexo viene determinado por los cromosomas, y el criterio minoritario de que cabe una nueva interpretación conforme a la cual —como quiere el recurrente—, el sexo psíquico debe prevalecer, incluso legalmente, sobre el sexo cromosómico. Se trata, pues, de una discusión filosófica-jurídica sobre los modelos que adopte el ordenamiento jurídico en las relaciones entre naturaleza y cultura, biología y Derecho, que no está cerrada.
29. Este Tribunal ha establecido que no cabe dictar precedentes vinculantes *“sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública”* (STC 3741-2004-AA/TC, fundamento 46). Igualmente, aunque aquí no se esté considerando la emisión de un precedente vinculante, del espíritu de esa autolimitación del Tribunal Constitucional puede



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

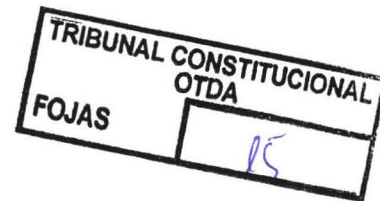
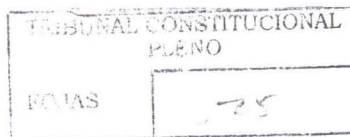
P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

rescatarse que no puede acogerse una tesis como la del recurrente, que plantea la absoluta prevalencia en el transexual operado del sexo psicológico sobre el cromosómico, y consecuentemente darle efectos legales al primero, si consta a este Tribunal que este planteamiento actualmente está sujeto a ardua polémica en diversos campos. Y aún admitiéndose que la especificación sexual pudiera no agotarse en el aspecto cromosómico, cabría preguntarse si resulta admisible una forma de especificación que prescinda en absoluto de él.

30. Consecuentemente, mientras no haya certeza científica de que la cirugía transexual es el tratamiento más eficaz para el transexualismo y que, realizada ella, debe prevalecer legalmente el sexo psicológico sobre el biológico —como plantea el recurrente—, el Derecho no puede abandonar la realidad científica de que el sexo de la persona es su sexo biológico o cromosómico, que —también según la ciencia— es indisponible y con el cual el ordenamiento constitucional distingue los sexos en función de “*la naturaleza de las cosas*” (artículo 103 de la Constitución), es decir, de lo biológico.
31. Por todo ello, este Tribunal juzga que debe desestimarse la pretensión del recurrente de modificar el sexo masculino en el DNI y en la partida de nacimiento de P.E.M.M., pues, por las razones aquí expuestas, este Tribunal no puede eximir a P.E.M.M. de la exigencia que impone el ordenamiento constitucional de que el sexo de la persona consignado en el registro de estado civil corresponde a su sexo biológico.
32. En otro orden de cosas, este Tribunal es consciente de que una decisión favorable al pedido de cambio de sexo de P.E.M.M., podría generar que se invocara este caso para estimar casos similares —teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional sobre la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante (cfr. STC 4853-2004-PA/TC, fundamento 15)—, por lo que no puede dejarse de considerar los efectos o el impacto que una decisión estimatoria en este caso tendría sobre el ordenamiento jurídico, máxime si en su actuación como intérprete de la Constitución este Tribunal debe observar el principio de *previsión de consecuencias*, derivado del artículo 45 de la Constitución, que ordena a todos los poderes públicos actuar con las responsabilidades que ella exige (cfr. STC 5-2005-CC/TC, fundamento 58).
33. Desde esta perspectiva, estimar el pedido del recurrente acarrearía, de entrada, los siguientes impactos en nuestro ordenamiento jurídico: 1) que una persona pueda cambiar a voluntad su sexo en el registro civil; 2) admitir el matrimonio de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

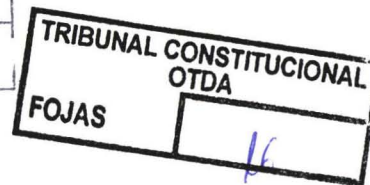
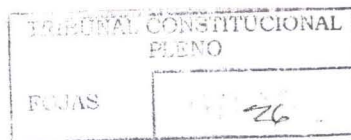
P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

personas del mismo sexo, ya que un transexual operado, a pesar del cambio externo, sigue teniendo el mismo sexo cromosómico.

34. En efecto, de obtener el recurrente un pronunciamiento estimatorio, P.E.M.M., podría reclamar cuanto sea inherente a la condición de mujer, pues la consecuencia de estimar la pretensión comprende la adquisición de cuantas expectativas, facultades y derechos pudieran asistirle desde la sobrevenida condición legal femenina; un nuevo *status* a partir del cual no podría menos que serle reconocida la capacidad para contraer matrimonio, el *ius connubii* o *ius nubendi*. Y ya que, según se ha visto, jurídicamente el sexo se define según el sexo cromosómico, la consecuencia de la modificación del sexo en el registro civil es que no habrá obstáculo para el matrimonio de un transexual con una persona del mismo sexo que el suyo de origen. La admisión de un transexual al nuevo sexo implica, entonces, el reconocer el matrimonio homosexual, lo cual también plantea el problema de la adopción de menores por esta nueva pareja.
35. Si la sentencia de este Tribunal ordena el cambio legal de sexo de P.E.M.M. que pasa a tener el sexo femenino, no sería viable introducir limitaciones, como prohibirle contraer matrimonio con varón, pues éstas podrían ser tachadas de discriminatorias por razón de sexo, además de resultar una incongruencia con lo pretendido, que es el más pleno reconocimiento legal de la condición femenina.
36. De esta forma, este Tribunal estaría introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo, incurriendo en un activismo judicial que contravendría el principio constitucional de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución) y el principio de *corrección funcional* (cfr. STC 5854-2005-PA/TC, fundamento 12), pues tal matrimonio —en razón de comprometer toda una concepción del Derecho de familia que configura el Derecho civil— debe ser ampliamente debatido por los ciudadanos y los congresistas como sus representantes (artículos 43, 45 y 90 de la Constitución), por lo que su discusión y eventual decisión debe hacerse en sede legislativa —cuyo producto legal podrá luego estar sujeto, por supuesto, al control de la jurisdicción constitucional—, pero no jurisprudencialmente, ya que el diálogo democrático implica la discusión abierta al pueblo y a los parlamentarios que lo representan. Lo contrario significaría que este supremo intérprete de la Constitución desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado al Congreso de la República, rompiendo el equilibrio inherente al Estado Constitucional, presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, que debe encontrarse siempre plenamente garantizado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

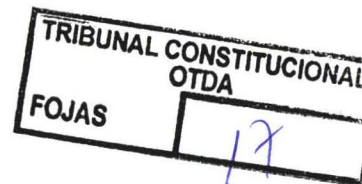
SAN MARTIN

P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

37. Además, amparar el pedido del recurrente implicaría una serie de consecuencias adicionales, sean éstas aplicables al caso de P.E.M.M. o de otras personas que quieran acogerse a lo resuelto en este caso, de gran impacto y complejidad especialmente en el campo del Derecho civil, que este Tribunal no puede resolver sin, nuevamente, invadir competencias propias del legislador, contraviniendo los principios de separación de poderes y de *corrección funcional*.
38. Así, 1) habría que determinar la edad mínima para solicitar el cambio de sexo en el registro de estado civil; 2) si la intervención quirúrgica debe ser autorizada por un juez; 3) si el cambio de sexo en el registro civil requiere orden judicial o basta una petición en sede administrativa (como afirma P.E.M.M. que le ocurrió en España, cfr. fojas 31 del expediente judicial que viene como acompañado); 4) si se requieren o no pericias o informes médicos y/o psicológicos que diagnostiquen el trastorno transexual y el número de estos dictámenes; 5) si se exigirá o no un período mínimo de tratamiento médico para acomodar las características físicas del transexual a las del sexo reclamado, y un tiempo mínimo de vivir según el sexo deseado antes del cambio de sexo en el registro civil. También, si para el cambio registral de sexo es necesaria o no la previa cirugía transexual. En caso que ésta no se exigiera (como ocurre en la legislación española: Ley 3/2007, de 15 de marzo, artículo 4), podría ocurrir que una persona originalmente de sexo masculino que ha conseguido cambiar su sexo en el registro civil a femenino, *“termine absurdamente por generar —a pesar de haber sido jurídicamente reconocida como “mujer”— un hijo, el mismo que tendría, paradójica y formalmente, dos madres, careciendo de la figura paterna”* (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima 1990, p. 254).
39. Asimismo, sería necesario determinar si los efectos del cambio de sexo en el registro civil se dan a partir de que éste se efectúa (*“ex nunc”*) o desde el nacimiento del transexual (*“ex tunc”*), es decir, si la modificación registral es constitutiva o declarativa. Tendría que tenerse una respuesta también, en la hipótesis de que el transexual hubiera estado casado, al problema de si el cambio de sexo en el registro civil acarrearía la disolución del matrimonio y, en relación a los hijos nacidos en éste, el traslucido de la relación paterno-filial antecedente por la materno-filial (o viceversa), pudiendo alcanzarse así una situación familiar de hijos con dos madres o con dos padres, con la consiguiente incidencia en el régimen de la patria potestad. Habría en general que considerar y dar previsiones jurídicas a las consecuencias de todo orden que el cambio de sexo en el registro civil lleva aparejadas, especialmente en todas las relaciones jurídicas en que el sexo de la persona haya sido determinante para su constitución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

40. Respecto al problema del matrimonio anterior al cambio de sexo en el registro civil, se ha advertido desde la doctrina: *“Es fácil comprender las muy graves consecuencias que para la vida familiar, protegida por las diversas constituciones que rigen a todos los estados del planeta, tendría el facilitar al transexual casado, en mérito a causales sobrevinientes al matrimonio, el cambio de sexo. Aparte de la destrucción de la vida familiar se lesionaría el derecho del cónyuge y de los hijos, en particular si son menores de edad. (...) Si, por un lado, el cónyuge ve frustrado su matrimonio, del otro, los hijos menores quedarán desconcertados frente a la mutación sexual del padre o de la madre. De repente, sin comprenderlo, tendrán dos padres o dos mamás, según el caso. Es fácil imaginar el daño que en la formación del niño puede producir esta insólita situación. El problema no se reduce, por cierto, a que el juez pueda, llegado el caso hipotético, determinar a quién corresponde la tenencia de los hijos menores o fije las reglas de las visitas y aquellas concernientes al mantenimiento de los mismos. No se trata de manipular objetos inanimados e insensibles. La situación, como es fácil percibir, es mucho más profunda y preocupante. Ello obliga a tener muy en cuenta este aspecto en lo que atañe a un posible cambio de sexo de una persona casada”* (C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima 1990, pp. 235-236).
41. Además, la modificación del sexo en el registro civil no sería posible sin inevitables consecuencias de defraudación a terceros si, por ejemplo, en caso llegara a permitirse al transexual el matrimonio según el nuevo sexo, la otra parte no tuviera forma de conocer que se ha dado esa modificación, pues lo contrario, además de hacer cómplice al registro civil de un posible engaño, daría lugar a un matrimonio cuya anulabilidad podría solicitar el cónyuge perjudicado por el *“error sobre la identidad física del otro contrayente”* (artículo 277, inciso 5, del Código Civil).
42. Finalmente, este Tribunal observa que el derecho a la identidad de P.E.M.M. se encuentra debidamente protegido con el cambio de prenombre de J.L. al prenombre femenino de P.E., que se ha efectuado tanto en su partida de nacimiento como en su DNI según refiere el recurrente. De esta forma, este Tribunal es del criterio, sostenido ya en la STC 2273-2005-PHC/TC (punto 2 resolutivo), que en tutela del derecho a la identidad puede admitirse el cambio de prenombre, pero mantenerse intangible un elemento de identidad como el sexo de la persona. Consecuentemente, al estar ya inscrito el cambio de prenombre de P.E.M.M. este Tribunal considera que no se ha acreditado la vulneración de su derecho a la identidad.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. Representado(a) por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda, al no haberse acreditado la afectación del derecho fundamental a la identidad.
2. Declarar que la presente sentencia constituye doctrina constitucional vinculante obligatoria para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI

CALLE HAYEN

ÁLVAREZ MIRANDA

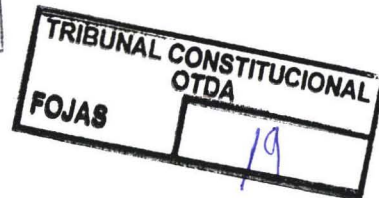
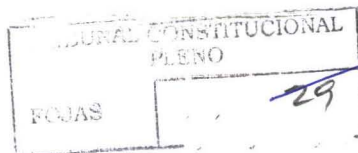
Lo que certifico:



OSCAR ZAPATA ALCÁZAR
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS ETO CRUZ Y MESÍA RAMÍREZ

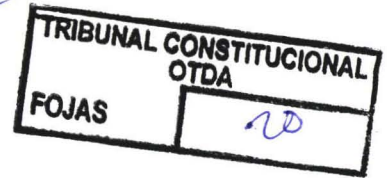
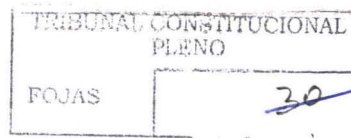
Con el debido respeto por nuestros colegas, disentimos profundamente de lo resuelto y consideramos necesario hacer diversas críticas a varios puntos de la fundamentación utilizada para desestimar la demanda, pues entendemos que varias afirmaciones hechas son abiertamente equivocadas. En el desarrollo de nuestra argumentación también daremos las razones que justifican declarar **FUNDADA** la demanda interpuesta por el recurrente.

1. El recurrente, en representación de P.E.M.M., presenta demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y el Ministerio Público, solicitando el cambio de sexo (de masculino a femenino) en su Documento Nacional de Identidad (DNI) y en su Partida de Nacimiento; pretensión que sustenta en su derecho a la identidad sexual. Refiere el demandante que su poderdante obtuvo mediante sentencia judicial con calidad de cosa juzgada (Exp. 104-2008, seguido en el Juzgado Civil de San Martín) el cambio de su prenombre masculino a prenombre femenino, fundado en su derecho a la identidad sexual. Este cambio logró ser inscrito en su Partido de Nacimiento y en su DNI, pero la RENIEC se rehusó a cambiar su sexo acorde con su nuevo nombre, lo que según el recurrente viola su derecho fundamental a la identidad. Agrega el demandante que su poderdante es un transexual que se identifica con el género femenino y que en virtud a ello ha adecuado su apariencia a este género mediante la cirugía de reasignación sexual. Afirma que el sexo no es un elemento estático, determinado solo por la dimensión biológica o cromosómica, sino que tiene también una dimensión dinámica, donde influyen los factores sociales y psicológicos al punto que en algunos casos como el de su poderdante estos aspectos psicológicos priman sobre los biológicos y definen su verdadera identidad sexual.

El RENIEC ha contestado la demanda afirmando que el cambio de sexo no se encuentra recogido entre los hechos inscribibles en el acta de nacimiento, de acuerdo al D.S. 15-98-PCM, por lo que esta entidad no puede proceder a efectuar dicho reconocimiento. Además sostiene que en la STC 2273-2005-PHC/TC (caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas), el Tribunal Constitucional, si bien dispuso el cambio de prenombre de uno masculino a uno femenino, ordenó mantener intangibles los demás elementos de identificación (edad, sexo o lugar de nacimiento).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

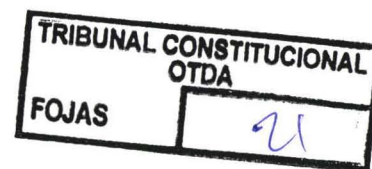
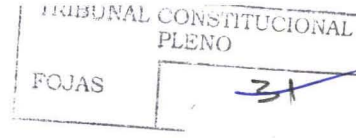
2. El proyecto en mayoría ha resuelto declarar infundada la demanda, basado en tres grupos de argumentos:

- i) Un primer argumento de tipo **autoritativo**, de acuerdo al cual el sexo que el Tribunal Constitucional ha reconocido es solo el sexo biológico, cromosómico o genético. En efecto, la posición mayoritaria cita el fundamento 15 de la STC 2273-2005-PHC/TC, para respaldar esta posición, entrecomillando la frase *"al momento de nacer la persona solo se toma en cuenta el sexo anatómico"* (fundamento 4). De esta expresión, la postura mayoritaria deduce que *"Para el Derecho, entonces, el sexo viene a ser el sexo biológico, el sexo cromosómico o genético instaurado al momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que determina el sexo femenino o masculino..."* (fundamento 5). La sentencia en mayoría continúa su argumentación de tipo autoritativa sosteniendo que, según el fundamento 21 de la STC 2273-2005-PHC/TC, *"el sexo (femenino o masculino) asignada a la persona desde su nacimiento es uno de aquellos rasgos distintivos de carácter objetivo... (como lo es la "herencia genética": STC 2273-2005-PHC/TC, fundamento 21), viniendo tal característica de una realidad biológica indisponible"* (fundamento 6). De estas dos premisas, la sentencia en mayoría concluye afirmando que, como el sexo cromosómico (única dimensión del sexo reconocida) no se puede cambiar, el sexo es indisponible para el sujeto. Esto que la sentencia llama "doctrina de la indisponibilidad del sexo como elemento de identidad en el registro de estado civil", nuevamente pretende fundarse en una premisa de autoridad, cuando sostiene que dicha doctrina *"ya se encuentra en lo resuelto por este Tribunal en la STC 2273-2005-PHC/TC, donde se autorizó el cambio de prenombre del recurrente (de masculino a femenino), pero manteniéndose "la intangibilidad de los demás elementos identitarios (llámese edad, sexo o lugar de nacimiento)" (punto resolutivo 2)"* (fundamento 7).

En síntesis, de acuerdo a la posición mayoritaria, como la única dimensión del sexo admisible jurídicamente es el sexo biológico o cromosómico, y como éste no puede ser cambiado, el cambio de sexo en el registro civil no procede. Este argumento es de tipo autoritativo, pues no razona por qué el Derecho solo debe reconocer esta dimensión del sexo, sino que se respalda en una **autoridad jurídica** que previamente haya afirmado que la única dimensión admisible del sexo es el sexo biológico. Para la sentencia en mayoría dicha autoridad es el propio Tribunal Constitucional. Como veremos luego, esta afirmación es falsa.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

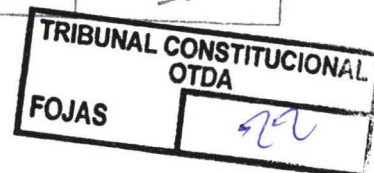
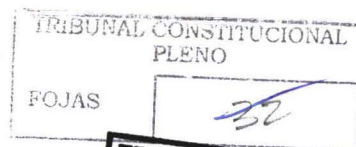
P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

- ii) Un segundo argumento de tipo **científico**, de acuerdo al cual la identificación de una persona con el otro sexo al que indica su sexo biológico es una “patología psicológica” (fundamento 10). Esta aseveración se sustenta -en la sentencia en mayoría- en la autoridad científica de la Organización Mundial de la Salud, que ha clasificado la disociación entre el sexo psicológico y el sexo biológico como un trastorno de la personalidad denominado “transexualismo” [ICD-10, F64.0] (fundamento 13). En esta línea, la postura mayoritaria llega a afirmar categóricamente: *“El transexualismo es un trastorno mental, en el que no hay ninguna patología anatómica o genética. El transexual posee un sexo biológico perfectamente definido, sin ambigüedades, como hombre o mujer. Tiene la convicción de que su sexo anatómico es erróneo, pero el error está en su mente, no en su anatomía”* (fundamento 14). Es decir, según la mayoría, la identificación con el otro sexo no está determinada por ninguna condición física, sino que se trata de una pura alteración mental.

Y esta creencia errada de que se pertenece al otro sexo, no puede ser tenida en cuenta por el Derecho, dado que –según la sentencia en mayoría- dicha creencia no altera el hecho objetivo de que el sexo biológico no se puede cambiar, pues los tratamientos hormonales y las cirugías de reasignación de sexo solo darán lugar a cambios externos o aproximaciones físicas, mas nunca a un cambio en el aparato sexual interno o el componente cromosómico o genético, que es el elemento que finalmente determina el sexo del sujeto (fundamentos 17 y 18). Tampoco puede ser tomada en cuenta la subjetividad del sujeto en cuanto a su identidad de género, dado que –según la postura mayoritaria- no existe **consenso científico** respecto de si la disociación entre sexo biológico y sexo psicológico debe ser atendida por tratamientos hormonales o procedimientos quirúrgicos que traten de adecuar el cuerpo al sexo sentido por el sujeto. Así, según la sentencia en mayoría, *“Existen posiciones científicas para las que siendo psíquica la causa del transexualismo, se debe más bien actuar sobre la mente, por lo que es un error pretender curar lo psíquico actuando sobre lo físico, ya que en el cuerpo no hay ninguna anomalía orgánica. Por ello, en estas escuelas se abogará por un tratamiento psicológico-psiquiátrico, buscando que el transexual cure su psique para aceptar la realidad de su sexo biológico y construya su identidad sexual conforme a él”* (fundamento 23). De acuerdo a la sentencia en mayoría, la inadecuación de los tratamientos para adecuar el cuerpo al sexo deseado por el sujeto queda comprobada por el hecho de la insatisfacción que aún experimenta el transexual luego de estos tratamientos, para lo cual se cita una noticia publicada en el Diario El Comercio del 1 de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

octubre de 2013, donde se da cuenta del suicidio de un transexual por esta insatisfacción (fundamento 25). Por último, la postura mayoritaria entiende que la pretensión del recurrente se sustenta en un modelo de apreciación cultural, que intenta resaltar más allá del dato biológico, la construcción cultural que implica el género; modelo que sin embargo tiene un respaldo *minoritario* en los ordenamientos jurídicos frente a la mayoría de ordenamientos que brindan protección solo al sexo biológico. En todo caso – dice la mayoría– se trata de una discusión sobre la relación entre naturaleza y cultura, biología y derecho, que no está cerrada (fundamento 28).

La sentencia en mayoría concluye este apartado afirmando que el Tribunal Constitucional no puede asumir una postura afirmativa sobre la pretensión de la recurrente, dado que le está vedado decidir en un ámbito de incertidumbre científica (fundamento 29), donde al no saberse con certeza si lo adecuado para el transexual es la afirmación de su subjetividad a través de los tratamientos de adecuación corporal al sexo deseado, *“el Derecho no puede abandonar la realidad científica de que el sexo de la persona es su sexo biológico o cromosómico, que –también según la ciencia– es indisponible y con el cual el ordenamiento constitucional distingue los sexos en función de la “naturaleza de las cosas” (artículo 103 de la Constitución), es decir, de lo biológico”* (fundamento 30).

Las consideraciones expuestas en esta sección son de tipo científico, en tanto la mayoría trata de desechar la pretensión del recurrente recurriendo a posturas científicas que contradecirían la premisa según la cual el sexo tiene un componente psicológico que define también, de un modo determinante, el género del sujeto. Según la mayoría, la ciencia ha establecido que este tipo de identificación con un género diferente al sexo biológico, no es más que un “error de la mente”, una alteración psicológica que, por lo demás, puede curarse a través de tratamientos psicológicos-psiquiátricos postulados por determinadas “escuelas científicas”. Estas afirmaciones, sin embargo, como veremos luego, no solo no se encuentran sustentadas en ninguna referencia científica, sino que son visiblemente erróneas, de acuerdo a los estudios científicos más recientes.

- iii) Un tercer argumento de tipo **consecuencialista**, dirigido a resaltar las consecuencias problemáticas que traería el reconocimiento legal del cambio de sexo registral. En este punto, la sentencia en mayoría parte sentando una posición de principio según la cual la Constitución exige a los poderes públicos actuar con responsabilidad en la toma de decisiones (fundamento



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

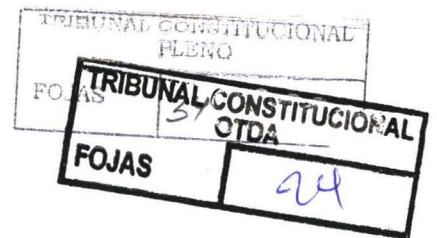
32). Las consecuencias problemáticas de una decisión favorable se darían – según la mayoría- en tres ámbitos: 1) en la apertura indiscriminada que haría el Tribunal de la autorización del cambio de sexo, dado que no se encuentran precisados en el ordenamiento jurídico los *requisitos* para proceder a esta autorización (edad mínima, autoridad competente, si se requieren pericias o dictámenes médicos y el número de ellos, si es exigible la cirugía de reasignación sexual o no, el tiempo necesario viviendo según el sexo deseado, los efectos *ex nunc* o *ex tunc* del reconocimiento, etc.) (fundamentos 39 y 40); 2) en la admisión por vía jurisprudencial del *matrimonio homosexual* (dado que –de acuerdo al fundamento 34 de la sentencia de la mayoría- el transexual que desea casarse con una persona de sexo opuesto al sexo con el que aquel se identifica no deja de ser de su sexo biológico, por lo que en puridad estaría pretendiendo casarse con alguien de su mismo sexo), admisión que –afirma la mayoría- corresponde discutirse en sede parlamentaria (fundamento 36); y 3) en los *efectos dañosos para terceros* de dicho reconocimiento, en por lo menos dos casos: a) en el caso de que dicho reconocimiento se otorgue a una persona casada, con lo cual el “cambio de sexo” podría originar el rompimiento del vínculo matrimonial, y un daño moral grave a los hijos que de pronto pueden verse sorprendidos con que tienen dos padres o dos madres (fundamentos 39 y 40); y b) en el caso de que el reconocimiento efectuado suponga una defraudación a quien se case con un transexual desconociendo el sexo original de su consorte (fundamento 41).

3. En cuanto al **argumento de tipo autoritativo**, es evidente que la posición mayoritaria busca encontrar en la STC 2273-2005-PHC/TC una posición de respaldo para su afirmación de que el sexo biológico es la única dimensión del sexo protegible jurídicamente, pues no encuentra este respaldo en ninguna otra fuente normativa. Y aquí empiezan a desplegarse toda la serie de errores graves en que incurre esta sentencia. Y ello no solo en cuanto omite otras fuentes normativas relevantes (como las que podemos encontrar en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que sí han reconocido otros elementos en la conformación de la identidad sexual), sino en cuanto trastoca los argumentos recogidos en la STC 2273-2005-PHC/TC, afirmando cosas que dicha sentencia no dice y extrayendo conclusiones que no se desprenden de su lectura.

Es cierto que en el ordenamiento jurídico peruano no existe ninguna fuente normativa expresa que reconozca otros elementos en la conformación de la identidad sexual distintos al elemento biológico, aunque tampoco hay una fuente normativa expresa que prohíba dicho reconocimiento. Lo único que existe es el artículo 2, inciso 1 de la Constitución que recoge el *derecho a la identidad*, pero



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

que por tener una redacción indeterminada, requiere una especificación vía legislativa o jurisprudencial. Sin embargo, sí existen en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos fuentes normativas que efectúan el reconocimiento de otros elementos distintos al biológico en la conformación de la identidad sexual. Estas fuentes normativas son relevantes jurídicamente, en tanto la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 establece que “Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. A esta interpretación de los derechos fundamentales conforme con los tratados internacionales sobre derechos humanos, el Tribunal Constitucional peruano ha añadido el reconocimiento de la relevancia normativa interna de las interpretaciones que sobre dichos tratados efectúan los órganos encargados de llevar a cabo dicha interpretación (por todas STC N.º 05854-2005-AA/TC, Caso Lizana Puelles, FF.JJ. 22 y 23). No obstante dicho reconocimiento de relevancia normativa interna del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al momento de definir el ámbito protegido por un derecho fundamental, la sentencia en cuestión simplemente ignora estas fuentes normativas de origen supranacional.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) se puede reconocer claramente que estas otras dimensiones de la identidad sexual son protegidas, cuando se hace alusión a la categoría jurídica de “identidad de género”, la cual se utiliza para remarcar la diferencia existente entre sexo y género, a partir de la cual el DIDH ha reconocido que no solo cabe proteger a las personas contra la **discriminación por razón de sexo** (para lo que se ha constituido todo el corpus normativo relativo a la discriminación contra la mujer), sino también contra la **discriminación por razón de su “identidad de género”**, en clara alusión a las personas trans, para quienes el género no se conforma solo con el elemento biológico, sino también con elementos psicológicos, culturales y sociales. Así lo ha explicado convenientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe “*Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes*”, encargado mediante resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2653 (XLI-O/11), cuando ha afirmado que:

“14. La diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social. El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés, en adelante el “Comité CEDAW”) ha establecido que el término “sexo” se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

“género” se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.

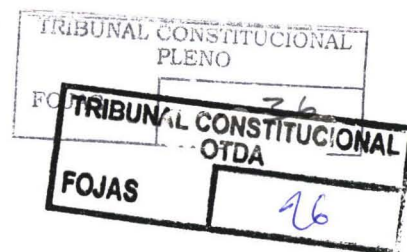
15. Social y doctrinalmente se ha establecido una diferenciación entre el sexo y el género y actualmente existe una tendencia a marcar esta distinción también en el lenguaje legislativo. Sin embargo, a nivel internacional y con cierta uniformidad en el ámbito doméstico, las categorías sexo y género han sido históricamente utilizadas en forma intercambiable. Por lo tanto, en el caso de algunos tratados internacionales y demás cuerpos normativos que al momento de su redacción no contemplaban la categoría “género”, se **interpreta** que la categoría “sexo” comprende también la categoría “**género**”, con el fin de asegurar el **objeto útil de la protección jurídica integral**”.

En el DIDH, hasta tres organismos de interpretación autorizada de tratados de derechos humanos suscritos por el Perú han recogido esta referencia a la categoría jurídica de “identidad de género”, con el objeto de precisar la ampliación que produce la categoría “género” como objeto de protección en el ordenamiento jurídico:

- En primer lugar, el Comité de las Naciones para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ha interpretado en su Recomendación General N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010), que *“Si bien en la Convención solo se menciona la discriminación por motivos de sexo, al interpretar el artículo 1 junto con el párrafo f) del artículo 2 y el párrafo a) del artículo 5 se pone de manifiesto que la Convención abarca la discriminación contra la mujer por motivos de **género**. El término “sexo” se refiere aquí a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer. El término “**género**” se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos a favor del hombre y en detrimento de la mujer. El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar. La aplicación de la Convención a la **discriminación por motivos de género** se pone de manifiesto en la definición de discriminación contenida en el artículo 1. Esta definición señala que cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado reducir o anular el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio por las mujeres de sus derechos humanos y libertades*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

fundamentales constituye discriminación, incluso cuando no sea en forma intencional. De esto se desprendería que el trato idéntico o neutro de la mujer y el hombre podría constituir discriminación contra la mujer cuando tuviera como resultado o efecto privarla del ejercicio de un derecho al no haberse tenido en cuenta la desventaja y la desigualdad preexistentes por motivos de género” (párrafo 5). En síntesis, para el CEDAW, el “género” como categoría construida socialmente importa para el Derecho, en tanto las identidades, las funciones y los atributos con los que se construye la identidad femenina pueden ser fuente de discriminación cuando suponen una restricción de los derechos y libertades de las mujeres.

- Luego, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su Observación General N° 20 (E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009), ha interpretado que el término “otra condición” presente en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como motivo prohibido de discriminación, incluye “la identidad de género”. Expresamente establece el Comité: “La **identidad de género** también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transexual, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo” (párrafo 32).
- Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Rizzo y niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 91, ha dejado establecido que la “**identidad de género**” es una categoría protegida por la Convención Americana de Derechos Humanos y que, por tanto, está proscrita cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona o en la identidad de género.

Aunque no tienen el carácter jurídico *vinculante* que tienen las interpretaciones realizadas por los órganos autorizados de interpretación arriba citados, existen otros organismos de Derecho Internacional que han recogido la categoría “identidad de género”, dando cuenta de la protección más amplia que supone considerar otros elementos distintos del biológico en la definición de la identidad:

- Así, a nivel del sistema de protección universal de derechos humanos que reside en la ONU, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos mediante su Informe “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

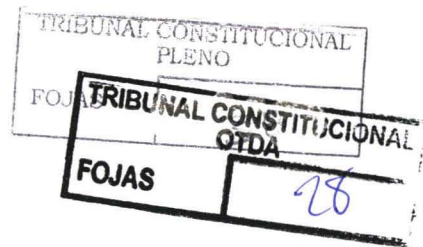
P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

identidad de género” (A/HRC/19/41, 17 de noviembre de 2011) ha expresado su preocupación por cómo la falta de reconocimiento legal de la real identidad de género de las personas impacta en el ejercicio de otros derechos, encontrando numerosas dificultades prácticas como pueden ser el acceso al empleo, la vivienda, crédito o prestaciones sociales del Estado o cuando viajan al extranjero, entre otras; llegando, en sus recomendaciones a los Estados miembros, a exhortar que: **“h) Faciliten el reconocimiento legal del género preferido por las personas trans y dispongan lo necesario para que se vuelvan a expedir los documentos de identidad pertinentes con el género y el nombre preferidos, sin conculcar otros derechos humanos”.**

- A nivel del sistema regional americano de protección de derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe *“Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes”*, encargado mediante resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2653 (XLI-O/11), ha recogido – como ya vimos- la distinción entre sexo y género, y ha considerado que la categoría “identidad de género” incluye a las personas trans y que la misma puede definirse, usando los Principios de Yogyakarta, como *“la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”*. Por otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en señalar que, aún cuando la “identidad de género” es una categoría *dinámica* que depende de la asunción subjetiva del individuo en su relación con la sociedad, esta identidad llega a formar parte de las *características esenciales* de la persona, en el sentido de que una persona no puede separarse de dicho atributo a riesgo de poner en entredicho su propia identidad; lo que se traduce –según la Comisión-, en el ámbito jurídico, en dos exigencias: *“Por una parte, en el ámbito de sus decisiones íntimas y personales y como parte esencial de su proyecto de vida, las personas pueden estar en un proceso de desarrollo constante y fluctuante, construyéndose a sí mismas en relación con una determinada orientación sexual, identidad de género y expresión de género. No obstante, estas categorías y esta posible fluctuación y movilidad de una o todas estas categorías inherentes a la persona no supone que puedan ser modificadas por terceras personas o por el Estado, so pena de configurarse*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

una vulneración de su dignidad” (párrafo 8).

- En la misma línea, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos a través de las resoluciones 2435 (XXXVIII-O/08), 2504 (XXXIX-O/09), 2600 (XL-O/10), 2653 (XLI-O/11), 2721 (XLII-O/12) y 2807 (XLIII-O/13), todas denominadas “Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género”, ha condenado “todas las formas de discriminación contra personas por motivos de su orientación sexual e **identidad** o expresión **de género**”, alentando a los Estados miembros a que “consideren la adopción de políticas públicas contra la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad o expresión de género”, entre otras medidas de protección a favor de las lesbianas, los gays, las personas bisexuales, trans e intersex (LGBTI).
- Finalmente, aunque no es un sujeto de Derecho Internacional, la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, ha formulado los “Principios de Yogyakarta” o “Principios sobre la aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual e Identidad de Género” (2007), que se citan frecuentemente en los documentos de Derecho Internacional que abordan la temática de los derechos de las personas LGBTI. En este documento de carácter orientador, se recogió como Principio N° 3 el Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o **identidad de género** que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad”.

Las posturas asumidas por el Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la OEA y la Comisión Internacional de Juristas si bien no resultan vinculantes, no pueden dejar de ser tomados en cuenta. Y ello no solo porque, como ya ha sostenido este Tribunal, el *soft law* resulta una guía con efectos jurídicos en la interpretación, en tanto recoge y plasma las metas y objetivos que se impone la comunidad internacional (STC 0022-2009-PI/TC, FJ. 8), sino porque, en este caso, las posturas glosadas (salvo la de la OEA) especifican de un modo más concreto lo que implica el reconocimiento del derecho a la identidad de género, a saber: el derecho a que el ordenamiento jurídico reconozca la autodefinición que las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

personas trans hacen de su género, o mejor dicho, la admisión del cambio de sexo registral.

Estas posturas, sin embargo, así como las interpretaciones vinculantes del CEDAW, del Comité de DESC y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, si bien no reconocen expresamente el derecho al cambio de sexo registral, recogen el presupuesto para su admisión, esto es, el reconocimiento de del derecho a la “identidad de género”, como una identidad conformada por elementos distintos al biológico (psicológicos, sociales y culturales), no han sido consideradas en la sentencia en mayoría, la que más bien ha adoptado una tesis contraria a esta doctrina convencional: la de que el Derecho solo puede admitir el sexo biológico como elemento configurador de la identidad sexual de una persona. En conclusión, bien puede decirse que la sentencia en mayoría no solo contiene una fundamentación claramente *inconventional*, sino que ella misma resulta contraria a las obligaciones internacionales que el Estado peruano ha asumido en materia de protección de derechos humanos al desconocer el “derecho identidad de género” como derecho conformante del ordenamiento jurídico peruano.

Por si esto fuera poco, la única premisa autoritativa en la que se basa la sentencia en mayoría es abiertamente errónea. Dicha premisa es la que afirma que el Tribunal Constitucional peruano en la STC 2273-2005-PHC/TC reconoció que el único elemento a considerar en la definición de la identidad sexual es el sexo biológico, lo que le llevó a formular la doctrina de la indisponibilidad del sexo por el sujeto. Esta afirmación es simplemente falsa, pues el Tribunal Constitucional en la referida sentencia ni dijo que el sexo biológico era la única dimensión de la identidad sexual relevante, ni formuló ninguna doctrina de la indisponibilidad del sexo.

En efecto, cuando el Tribunal Constitucional dice en la STC 2273-2005-PHC/TC que “*Al momento de nacer la persona solo se toma en cuenta el sexo anatómico*” (FJ. 15), no lo hace para afirmar —como concluye la sentencia en mayoría— que el único elemento a considerar en la identidad sexual es el elemento biológico, sino sólo para recodar que los otros elementos que conforman la identidad sexual solo ingresarán a tallar con el desarrollo del niño(a). Por esta razón es que el TC completa la frase arriba citada, diciendo que, “*ya que la personalidad del recién nacido, que expresará su identidad, recién comenzará a desarrollarse*” (FJ. 15). Por otro lado, en el mismo fundamento 15 citado, el Tribunal llega a afirmar que: “*El sexo está compuesto por diversos elementos: cromosómico, gonadal, anatómico, psicológico, registral y social, los mismos que interactúan en el sujeto*”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

de tal forma que lo configuran”. La cita jurisprudencial en la que se sustenta la mayoría ni siquiera ha sido citada pues de modo completo a efecto de comprender bien la aseveración hecha por el Tribunal. Lo más cuestionable, sin embargo, no es que se extraiga una conclusión a partir de una lectura tendenciosa y parcial de una frase contenida en un fundamento de la STC 2273-2005-PHC/TC, sino que se afirme que el Tribunal ha dicho algo que en realidad nunca dijo. Como ya vimos *ut supra*, la sentencia en mayoría sostiene su argumento de autoridad, en el fundamento 21 de la STC 2273-2005-PHC/TC, donde el Tribunal habría afirmado que el sexo es un rasgo de carácter **objetivo** (fundamento 5 de la sentencia en mayoría). Sin embargo, el Tribunal nunca llega a realizar tal aseveración, pues cuando clasifica los elementos que configuran la identidad en elementos objetivos y elementos subjetivos, nunca menciona que el sexo tenga que incluirse entre los primeros. Ésta es la cita literal del fundamento 21 de la STC 2273-2005-PHC/TC:

“Este Tribunal considera que entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2º de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)”.

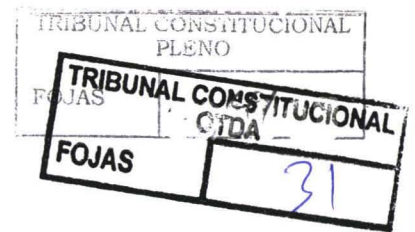
Lo curioso del caso es que el Tribunal no solo no llega a hacer la afirmación categórica que se recoge en el fundamento 6 de la sentencia en mayoría, sino que de los fundamentos de la STC 2273-2005-PHC/TC donde se desarrolla el derecho a la identidad, parece desprenderse una lectura más bien *habilitante* de la interpretación según la cual otros elementos distintos al sexo biológico pueden determinar la identidad sexual del individuo. Veamos qué es lo que dijo en realidad el Tribunal en la STC 2273-2005-PHC/TC (FF.JJ. 22 y 23):

“La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso **algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva**, sino que eventualmente **pueden ceder paso a estos últimos** o simplemente **transformarse** como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos.

Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediateista, sino necesariamente de manera integral, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la manera de identificar del modo más adecuado a determinadas personas”.

Finalmente, como ya adelantamos, en el propio fundamento 15 de la STC 2273-2005-PHC/TC –mal utilizado por la mayoría–, el Tribunal llega a reconocer que *“El sexo está compuesto por diversos elementos: cromosómico, gonadal, anatómico, psicológico, registral y social, los mismos que interactúan en el sujeto de tal forma que lo configuran”*.

¿Cómo es entonces que con base en la STC 2273-2005-PHC/TC se afirma que *“Para el Derecho, entonces, el sexo viene a ser el sexo biológico, el sexo cromosómico o genético”*?

Por otro lado, el Tribunal nunca formuló una “doctrina de la indisponibilidad del sexo” como afirma la sentencia en mayoría en su fundamento 7, ni ésta se deriva de lo resuelto por el TC en el punto resolutive 2 de la STC 2273-2005-PHC/TC. Si bien allí se dispuso *“la intangibilidad de los demás elementos identitarios (llámese edad, sexo o lugar de nacimiento) consignados en la partida de nacimiento, atendiendo a lo expuesto en el fundamento N.º 35, supra –mandato judicial–*”, ello no fue en razón a que el Tribunal entendiese que dichos otros elementos no podían ser cambiados, sino porque la razón que llevó a ordenar el cambio de prenombre del recurrente de masculino a femenino era la preexistencia de una sentencia con calidad de cosa juzgada, la que había dispuesto dicho cambio de prenombre pero que no había ordenado el cambio de otro elemento identitario (léase sexo). Con base en el respeto de una sentencia con calidad de *cosa juzgada* el Tribunal ordena al RENIEC el cambio de prenombre de masculino y femenino, pero con base en ese mismo respeto dispone que permanezcan los otros elementos identitarios que dicha sentencia no había cambiado. Es preciso destacar además que la *pretensión* de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas no fue que se cambie su sexo en el DNI, sino que se le entregue un duplicado de su DNI, el que no se le entregaba en razón a que el RENIEC se resistía a cumplir la sentencia del Poder Judicial con calidad de cosa juzgada que disponía su cambio de prenombre de masculino a femenino. La demanda fue interpuesta pues en respeto del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y de la autoridad de cosa juzgada de una sentencia firme, por lo que la STC 2273-2005-PHC/TC no podía excederse de los términos de dicha sentencia judicial. La no incursión en un supuesto de pronunciamiento *extra petita* y el respeto por la cosa juzgada llevaron al Tribunal



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

a disponer que no se cambie el sexo en el DNI de Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, pero en ningún caso la consideración de que dicho cambio no era posible o estaba prohibido, como afirma con suma ligereza la sentencia en mayoría.

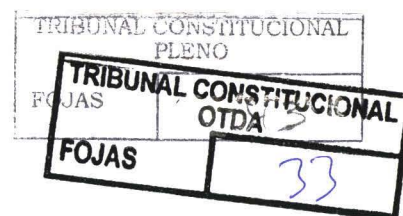
En conclusión, el argumento de autoridad utilizado por la mayoría para fundamentar la desestimación de la demanda de cambio de sexo registral no tiene, pues, ningún asidero, y revela más bien un empleo parcializado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

4. En cuanto al **argumento científico**, éste ha sido construido obviamente para desacreditar como “anormal” la pretensión de reconocimiento legal de la subjetividad de una persona trans que manifiesta una identidad cruzada. La sentencia en mayoría, pues, más que centrarse en un examen jurídico del alcance de la autonomía moral y el derecho a la identidad en el caso de autos, centra su atención en sostener que la ciencia considera como patológica la identidad cruzada de un transexual. Y es que si el deseo de un transexual de ser reconocido como una persona del otro género es producto de una alteración mental, obviamente dicho deseo no podrá ser asumido como una manifestación de la libertad del sujeto para autodefinir su identidad: y el Derecho no podrá reconocer una libertad que no es tal. Sucede, sin embargo, que la construcción argumentativa de esta supuesta afirmación científica es abiertamente incorrecta, y ello no solo porque la lectura que se hace de las fuentes científicas citadas para afirmar la anormalidad del transexualismo es parcial, en un caso; dichas fuentes ni siquiera aparecen en otro; y se han obviado muchas fuentes científicas que refutan la idea de la anormalidad de la persona trans.

En primer lugar, en lo relativo a la afirmación de que el transexualismo es un “error de la mente” o una patología psicológica, dado que la Organización Mundial de la Salud así lo ha considerado al incluirlo en el CIE-10 o *Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud. Trastornos mentales y del comportamiento*, lo que la sentencia en mayoría no menciona es que esta inclusión, así como la que efectúa el DSM-IV-TR o *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* de la Asociación Americana de Psiquiatría, se encuentra fuertemente discutida, no solo por movimientos y activistas por los derechos de las personas trans (vid. la página web de la STP, Campaña Internacional Stop Trans Pathologization <http://www.stp2012.info/old/es>), sino por la propia comunidad científica que entiende que la persona transexual no tiene ningún rasgo patológico, sino solo una expresión diferente de su identidad sexual que si bien se aleja de los cánones



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

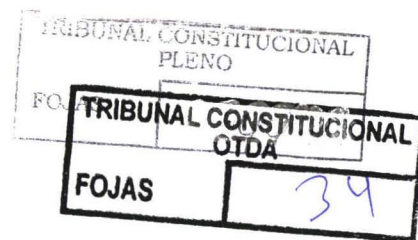
tradicionales de la “normalidad” sexual (que determina la identidad sexual en base al sexo biológico), no por ello puede considerarse patológica (puede verse al respecto, entre otros, el libro de Silvia Di Segni *Sexualidades. Tensiones entre la psiquiatría y los colectivos militantes*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2013, pp. 242 y ss).

Lo que tampoco menciona la postura mayoritaria es que el propio DSM-IV-TR, donde se contiene el trastorno de la identidad de género, exige unas ciertas condiciones para considerar como patológico al transexualismo. En efecto, el DSM-IV-TR no solo afirma que para realizar el “diagnóstico diferencial” del trastorno de la identidad de género el profesional encargado debe verificar la ausencia de cualquier patología que suponga una alteración del sentido de la realidad, sino que requiere como condición para el diagnóstico de este trastorno “pruebas de malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo”, con lo que el trastorno de identidad de género, en puridad, solo se puede diagnosticar cuando la condición por la cual una persona se siente del sexo opuesto a su sexo biológico, genera en ella un “malestar clínicamente significativo”: *contrario senso*, si la persona trans acepta esta condición y no tiene afectado ningún ámbito de su desenvolvimiento social, su identidad cruzada no podrá ser catalogada de “trastorno” (*Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, Masson, Barcelona, 2005, p. 645). La presencia de estos elementos en el diagnóstico diferencial del transexualismo recuerda, significativamente, el primer paso seguido por la Academia Americana de Psiquiatría para excluir la homosexualidad del DSM, cuando dijo que sólo la *homosexualidad egodistónica* era un trastorno, esto es, la ansiedad o malestar generado por la condición homosexual y no la homosexualidad en sí misma. Hoy no existe ni la homosexualidad en sí misma ni la homosexualidad egodistónica en el DSM.

La premisa asumida por la sentencia en mayoría según la cual la subjetividad de la persona trans es “anormal”, “patológica”, deja además de tener el asidero científico que afirma, cuando comprobamos no solo que la comunidad científica cuestiona fuertemente la inclusión en el CIE-10 y en el DSM-IV-TR del “trastorno de identidad de género”; algunos de sus organismos más autorizados como la Academia Americana de Psiquiatría permiten una lectura no patológica de la identidad cruzada (cuando no hay “malestar clínicamente relevante”); sino cuando comprobamos que, en realidad, no existe un tratamiento orientado a “curar” la alteración psicológica que supondría el transexualismo. La afirmación hecha en la sentencia en mayoría en el sentido de que existen escuelas científicas que abogan “por un tratamiento psicológico-psiquiátrico, buscando que el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

transexual cure su psique para aceptar la realidad de su sexo biológico y construya su identidad sexual conforme a él” no solo no se encuentra sustentada en ninguna fuente científica, sino que resulta ser una de las más cuestionables de la sentencia.

En efecto, la sentencia en mayoría, inconcebiblemente, no solo no cumple con explicitar cuáles son las supuestas escuelas científicas que afirman este “tratamiento psicológico-psiquiátrico” de adaptación mental del transexual, sino que enuncia una supuesta posición científica que no tiene ningún asidero en la ciencia. Si revisamos someramente la literatura científica al respecto, veremos que el tratamiento indicado para afrontar el trastorno de la identidad de género en ningún caso supone un ejercicio de transformación de la mente del transexual que le permita adecuar su psiquis a su cuerpo. En sentido contrario, el tratamiento psicológico-psiquiátrico para este “trastorno” está indicado básicamente con el objeto de procurar la aceptación por parte de la persona trans de su condición, así como con el objetivo de permitir el adecuado desenvolvimiento social de estas personas. Como afirma la Guía Clínica para el Diagnóstico y Tratamiento de los Trastornos de Identidad de Género de la Sociedad Española de Endocrinología y Nutrición (disponible en <http://shbtrans.wordpress.com/guia-clinica/>):

“La psicoterapia no es un requisito absolutamente necesario para el proceso terapéutico, y dependerá de las necesidades individuales, estableciéndose objetivos y duración. Se debe tratar al paciente de una forma global, prestando interés a todos los aspectos, no sólo al problema de identidad de género. La psicoterapia **no intenta curar** el TIG sino ayudar a la persona a sentirse mejor con su identidad y a enfrentar otros problemas distintos, aclarando y aliviando conflictos” (resaltado nuestro).

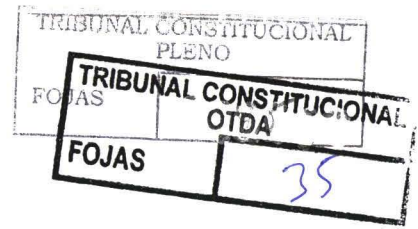
De acuerdo a esta Guía Clínica, el tratamiento comprende, además del acompañamiento psicológico, intervenciones endocrinológicas u hormonales, el ejercicio de la llamada “Experiencia de la Vida Real”, donde la persona trans empieza a desenvolverse socialmente de acuerdo al género con el que se identifica, y finalmente las intervenciones quirúrgicas de reasignación sexual, donde trata de adaptarse el cuerpo al género sentido por la persona trans. Como enfatiza esta Guía Clínica:

“En el transexualismo, a falta de conocimientos claros sobre su etiología, el **único tratamiento posible es rehabilitador**, esto es, la reasignación de sexo, adecuando de la manera más completa y rápida posible el fenotipo al sexo que el sujeto se siente pertenecer mediante intervenciones psicológica, hormonal y quirúrgica” (resaltado nuestro).

La referencia pues a escuelas científicas que abogan por un tratamiento



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

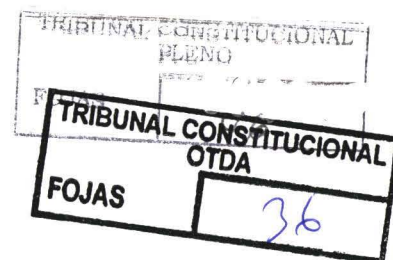
psiquiátrico “curativo” no solo no se encuentra sustentada, sino que es contraria a la forma cómo las guías clínicas certificadas manejan el trastorno de la identidad de género. La pretensión de “curar” la mente del transexual, por lo demás, hace recordar episodios oscuros de la ciencia psiquiátrica que, en su intento de preservar la “normalidad sexual”, sometió a homosexuales y lesbianas a procedimientos médicos altamente cuestionables como la lobotomía, la terapia de aversión, los electroshocks, entre otros. Actualmente las “terapias de reorientación sexual” (que pretenden adaptar la mente de un homosexual a la de un heterosexual) se encuentran ampliamente rechazadas por la comunidad científica en general, al punto que la misma Asociación Americana de Psicología aprobó el 5 de agosto de 2009 una resolución por cual invocó a todos los profesionales de la salud mental a no utilizar ni recomendar este tipo de terapias a sus pacientes, dado que no solo se encontraba demostrada su ineficacia, sino por los efectos perjudiciales de dicho tratamiento sobre la salud mental de las personas homosexuales (Vid. esta Resolución en *Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation*, USA, 2009, disponible en <http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/therapeutic-response.pdf>).

Las terapias reparativas que permiten adaptar la identidad o el deseo sexual al sexo biológico, de las que se habla en la sentencia, no tienen pues ningún asidero científico y se encuentran más bien rechazadas por la comunidad científica por sus implicancias negativas también en el plano ético. En realidad, este tipo de terapias más que sustentadas en escuelas verdaderamente científicas, como se sabe, se encuentran respaldadas e indicadas por determinadas religiones para las cuales la voluntad del sujeto puede quebrar la orientación sexual “antinatural” que éste experimenta (Puede verse al respecto Blanco, Pablo: “La conducta homosexual. Una aproximación cristiana a la cuestión”, disponible en <http://www.iglesia.net/pdf/laconductahomosexual.pdf>).

En síntesis, más allá que actualmente el transexualismo se encuentre incluido como un “trastorno” en el CIE-10 y en el DSM-IV-TR, la propia ciencia médica nos indica que la persona trans es una persona normal, que no tiene alteración alguna del sentido de la realidad, que solo debe ser tratada psiquiátrica o psicológicamente si muestra malestar o deterioro en sus relaciones sociales producto de su condición, y que el tratamiento que debe recibir es, en todo caso, solo de aceptación y acompañamiento de su condición, más nunca un tratamiento “curativo”, que pretenda repararlo del “error que tiene en la mente”, como afirma la sentencia en mayoría. El respaldo que la mayoría quiere encontrar en la ciencia para desacreditar la pretensión de la recurrente no es pues tal. Contrariamente, la ciencia nos indica que la persona trans es psíquicamente normal y, por tanto, en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

ejercicio de su autonomía moral debe poder escoger la mejor forma de afrontar su condición. A lo que este Tribunal se enfrentaba en realidad era a determinar si el derecho a la identidad de la recurrente podía incorporar esta subjetividad normal como factor determinante para definir su identidad de género.

En este punto, la sentencia en mayoría solo hace una breve referencia al debate respecto a la distinción entre sexo y género, distinción donde –según la mayoría– pretende fundarse el reconocimiento de otra dimensión conformante de la identidad sexual distinta a la dimensión biológica (dimensión psicológica). Esta distinción, sin embargo, –afirma la mayoría– es materia de disputa, y se encuentra minoritariamente reconocida en los ordenamientos jurídicos.

Esta aseveración, una vez más, pretende desconocer una realidad abiertamente distinta. Y ésta no solo es la doctrina acogida en el ámbito internacional, que reconoce la categoría jurídica de *identidad de género*, fundada justamente en la distinción entre sexo y género, sino también la aceptación que muchos ordenamientos jurídicos han efectuado del cambio de sexo registral, sea a través de sus legislaciones, sea a través de la jurisprudencia.

La problemática planteada en el caso de autos no es pues nueva ni mucho menos privativa de nuestro país. En diferentes contextos y realidades las personas trans han requerido el reconocimiento legal de su identidad sexual, tal y conforme ésta era subjetivamente experimentada por ellos. Este movimiento por el reconocimiento del derecho a la identidad de género y otros derechos derivados de dicho reconocimiento llevó a muchos Estados a pronunciarse con relación a la posibilidad de efectuar un cambio de sexo en los respectivos documentos de identidad, lo que se concretizó tanto en la emisión de leyes específicas regulando el derecho a la identidad de género y el cambio de sexo, como en una serie de pronunciamientos jurisdiccionales que habilitaron la posibilidad de un cambio de sexo, fundados en una determinada comprensión del derecho a la identidad sexual.

El desarrollo legal y jurisprudencial no debe quedar ajeno a la mirada de un Tribunal Constitucional y, ello, no en razón a que las decisiones adoptadas en otras jurisdicciones deban ser acogidas por nuestro país en mérito de algún principio de jerarquía o en razón de algún prurito académico comparatista, sino porque, como ha sostenido acertadamente Gustavo Zagrebelsky, el examen de fuentes extranjeras legales y jurisprudenciales supone el reconocimiento modesto de otras perspectivas y puntos de vista de quienes han avanzado de un modo más amplio y profundo que nosotros en temas de común entronque como son los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

derechos humanos. Como gráficamente lo ha señalado Zagreblesky, se trata de recurrir a “un amigo con gran experiencia” para hacernos pensar mejor, para desvelar energías potenciales latentes y para extender y enriquecer las argumentaciones respecto a la controversia constitucional que concretamente se le plantea al juez constitucional nacional. La imagen de la comparación jurídica como un espejo dónde podemos observarnos y comprendernos mejor es la que resume esta idea del beneficio que reporta la recepción de fuentes extranjeras por parte de los tribunales constitucionales (Cfr. Zagrebelsky, Gustavo (2008) “El juez constitucional en el siglo XXI”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10, Año 2008, pp. 249-267).

En esta línea, en lo que sigue se recogen una serie de precedentes jurisdiccionales de diversos tribunales extranjeros, así como legislaciones que han desarrollado el tema de la identidad de género y del cambio de sexo registral, y que han adelantado una comprensión particular de cómo debe entenderse la identidad sexual como sustrato para la admisión del cambio de sexo en el ordenamiento jurídico.

- a) En el caso “B contra Francia” del 24 de enero de 1992, el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)**, conoció la petición de una persona que se había realizado una cirugía de reasignación de sexo y que las autoridades francesas le habían denegado la rectificación registral de su nombre y sexo. En esta causa, el Tribunal estimó que con la negación de rectificación se había violado el derecho al respeto a la vida privada y familiar del solicitante.
- b) Pero en el caso “Christine Goodwin contra Reino Unido” del 11 de julio de 2002, el mismo TEDH fue más contundente en su decisión y, por ende, más fiel a su labor protectora de los derechos. Se trataba de una persona que había sido sometida a una cirugía de reasignación de sexo y cuyo desenvolvimiento guardaba identidad con el género femenino, y que había sido objeto de acoso laboral y se encontraba inmersa en un conflicto vinculado a las contribuciones al sistema de seguridad social. De acuerdo a la normatividad legal vigente en el país de la peticionante, los hombres realizan aportes al sistema de seguridad social hasta los 65 años, en tanto que las mujeres sólo hasta los 60 años, sin embargo, como en su documento de identidad se encontraba consignado el sexo masculino, se vio en la imperiosa necesidad de explicar esta verdad personal y revelarle a su empleador de que había sido sometida a una cirugía de reasignación de sexo, a fin de realizar los aportes acordes a su nuevo género.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

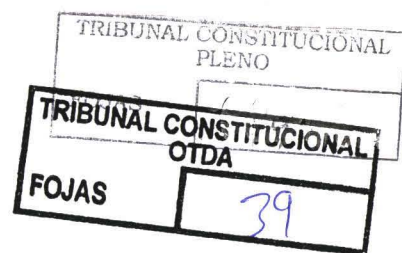
P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

A juicio del TEDH, con el no reconocimiento del cambio de género de la peticionante se suscitaba un conflicto entre su situación legal y su realidad social y, por tanto, los derechos al respeto a la vida privada y familiar y a contraer matrimonio, protegidos en los artículos 8º y 12º, respectivamente, de la Convención Europea de Derechos Humanos, resultaban violados. Pero también precisó el Tribunal, que el reconocimiento jurídico de la nueva identidad no afectaba la función registral, el derecho de familia y de sucesiones, las relaciones laborales, la seguridad social y la justicia penal.

- c) A través de la Sentencia del 2 de julio de 1987 la Sala Primera del **Tribunal Supremo de España** admitió el recurso de casación presentado por “A. C. G.” en el marco del proceso declarativo sobre rectificación de sexo, considerando que la falta de reconocimiento de la nueva identidad de la persona solicitante violaba el artículo 14º (derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación) de la Constitución española por cuanto suponía una discriminación por razón de sexo.
- d) Por su parte, la **Suprema Corte de Justicia de Argentina** en el fallo “C. H. C.” del 21 de marzo de 2007, dispuso a favor de la solicitante, que ya había sido intervenida quirúrgicamente para lograr la reasignación de sexo, que se cambie su sexo registral así como su nombre, y se le expida un nuevo documento de identidad, por considerar que la discusión en torno a su identidad sexual afectaba su dignidad, libertad y desarrollo de la personalidad, pero también, porque en tanto ocurriera una discordancia entre la inscripción registral que la designaba con un género y su identidad que reflejaba otro, no podía ejercer completamente todos sus derechos reconocidos constitucionalmente.
- e) Y dos años después la **Suprema Corte de Justicia de México**, a través de la Ejecutoria num. P. LXVIII/2009, estimó la demanda de amparo presentada en contra de la Primera Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que dispuso la rectificación de nombre y sexo en el documento de identidad del peticionante manteniendo la anotación de su sexo original. Al respecto, el alto Tribunal señaló que si el acta de nacimiento de una persona transexual mantiene los datos consignados originalmente y únicamente se realiza una nota marginal de la sentencia judicial que dispone la rectificación, este hecho viola los derechos de la persona involucrada; por lo que dispuso, la reserva del acta primigenia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

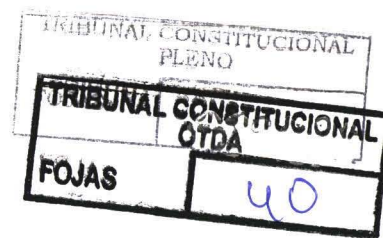
- f) Finalmente, la **Corte Constitucional de Colombia**, reiterando su ya sentada jurisprudencia, observa en la “Sentencia de Tutela N° 918/12”, fundamento 7.3, que “tratándose de una persona trans, quien a través de tratamientos psicológicos, hormonales y quirúrgicos ha logrado la reasignación del sexo que vive como propio, no sería suficiente alcanzar el equilibrio o armonía entre su cuerpo y su identidad y, por ende, un estado de bienestar integral, si no pudiera también adecuar su sexo legal a aquel con el que se identifica y no al biológico con el que se hizo el registro inicial”.

Por otro lado, la pretensión de cambio de sexo registral ha sido adoptada por legislaciones de diversos países, como veremos a continuación:

- a) **Estados Unidos**, empezó a legislar sobre el cambio de sexo a partir de la década de los 60's. En el estado de Illinois, desde 1961, los registradores pueden efectuar la rectificación de sexo luego de que la persona interesada haya sido sometida a una intervención quirúrgica de reasignación; y, en similar sentido sucede en Arizona desde el año 1967. Por su parte, los estados de Louisiana y California a partir de 1968 y 1977, respectivamente, han promulgado leyes que validan el cambio de sexo siempre y cuando se haya acudido previamente a la vía judicial para que ésta lo autorice en base a una operación quirúrgica. En tanto que en el estado de Nueva York se realiza la rectificación de sexo de acuerdo a lo que establece una particular reglamentación que data de 1971.
- b) **Suecia**, con la dación de la Ley del 21 de abril de 1972 buscó reglamentar el estado civil de las personas transexuales. Con esta ley advirtió, pues, que el cambio jurídico de sexo era viable siempre y cuando la persona sintiera desde la juventud su pertenencia a otro género; haya vivido ejerciendo el rol del otro género durante un tiempo; sea mayor de 18 años y tenga la nacionalidad sueca; no haya contraído matrimonio; y, sea infértil debido a causas naturales o como consecuencia de una intervención quirúrgica.
- c) **Alemania**, siguiendo el ejemplo sueco decidió promulgar la Ley del 10 de setiembre de 1980, no obstante estableció mayores condiciones para autorizar el cambio del sexo registral. Así, exigió que la persona tenga 25 años y ostente la nacionalidad alemana; haya vivido durante 3 años de acuerdo al género con el cual guarda identificación; no haya contraído matrimonio; se encuentre imposibilitada físicamente para procrear; y, se haya sometido a una intervención quirúrgica de reasignación de sexo. Se debe advertir que el Tribunal Constitucional Alemán ha precisado que el requisito étareo y de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

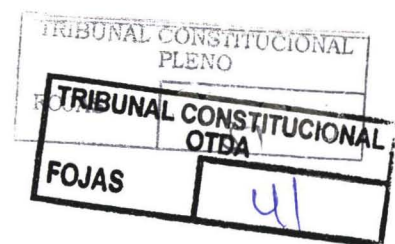
P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

nacionalidad son violatorios de los derechos a la igualdad, dignidad humana y libertad individual consagrados en la Constitución.

- d) **Italia**, a través de la Ley 164 del 14 de abril de 1982, constituyó la posibilidad de rectificación del sexo en los registros siempre que la persona interesada, consecuencia de una orden judicial, haya sido sometida a una intervención quirúrgica de reasignación de sexo.
- e) **Holanda**, con la Ley del 24 de abril de 1985 ordenó modificar el artículo 29º de su Código Civil con el propósito de autorizar la rectificación del registro civil de aquella persona que estuviera convencida de su pertenencia al género distinto. En esa línea, precisó que el solicitante debe probar ante los tribunales, desde una perspectiva psicológica o médica, que ha desarrollado una vida bajo el género deseado, y que físicamente está imposibilitado de procrear.
- f) **Inglaterra**, aprobó en el año 2004 la Ley de reconocimiento de género. Esta norma precisa que una junta integrada por expertos en leyes y medicina será la que decida, atendiendo la identidad sexual de la persona, la modificación del género, por lo que no constituye requisito la reasignación quirúrgica del sexo. Así, pues, estableció como requisitos que la persona sea mayor de 18 años; que padezca o haya padecido de disforia de género; que haya vivido por lo menos 2 años con el género que se identifica; y, que busque vivir de acuerdo al nuevo género el resto de su vida. Y, en esa línea, prohibió a funcionarios públicos, empleadores y cualquier otra persona que haya tenido tratos comerciales con el peticionante, que difundan información relacionada con su anterior identidad.
- g) **España**, a través de la promulgación de la Ley 3 de 2007 estableció la “Rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas”. En esta norma se señala como requisitos que el peticionante tenga nacionalidad española, sea mayor de edad y, por tanto, tenga capacidad suficiente; asimismo, que haya sido diagnosticado con disforia de género y haya recibido tratamiento por un período no menor a dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo solicitado. Y con el ánimo de proteger su derecho a la intimidad, también autoriza al peticionante para reclamar el traslado total del folio registral, con lo que se cancelaría el anterior asiento y se elaboraría uno nuevo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

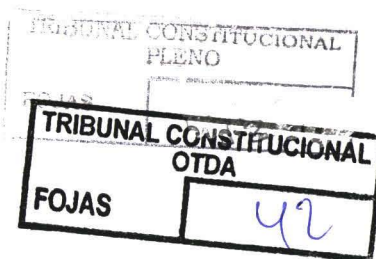
P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

- h) **México**, a través de una modificación a su Código Civil que data del año 2009, en particular la incorporación del artículo 135ºBis, precisó que es posible que las personas que requieran el reconocimiento de su identidad de género soliciten “el levantamiento de una nueva acta de nacimiento por reasignación de concordancia sexo-genérica, previa la anotación correspondiente en su acta de nacimiento primigenia”.
- i) **Uruguay**, en octubre de 2009 publicó la Ley 18.620, denominada “Derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios”. Esta norma exige que las actas del Registro de Estado Civil, los documentos de identidad, electorales, de viaje u otros, reflejen la consonancia entre identidad, nombre y sexo que ostenta cada persona. Así señala que para solicitar la adecuación de la mención registral de nombre, sexo, o ambos, basta acreditar i) que el nombre, el sexo, o ambos, consignados en el acta de nacimiento son discordantes con la propia identidad de género de la persona; y, ii) la estabilidad y persistencia de esta disonancia durante al menos dos años. Precizando también que para la concesión de la adecuación registral del nombre, el sexo o ambos no se exigirá la cirugía de reasignación sexual.
- j) **Argentina**, en el año 2012 aprobó la Ley 26.743 sobre identidad de género. Con esta ley se habilita la posibilidad de rectificar los datos registrales de todas aquellas personas que sean mayores de edad o que actúen a través de sus representantes legales en caso de no serlo. Asimismo, la norma no establece como requisito la intervención quirúrgica de reasignación de sexo, ni la acreditación de terapias hormonales, ni de algún tratamiento psicológico o médico.

De la apreciación de los precedentes jurisdiccionales citados y de las leyes que han desarrollado la posibilidad del cambio de sexo registral, aunque existen variaciones en cuanto a los requisitos para la procedencia de éste, se desprende que existen ciertos elementos comunes que parecen conformar un *continuum* en el diálogo jurisdiccional y legal iniciado alrededor de este tema: i) en primer lugar, el entendimiento de la identidad de género como un concepto que no solo comprende el aspecto morfológico o biológico del sexo, sino que acoge elementos sociales y culturales en la comprensión del género al que se pertenece; ii) luego, el valor dado a la subjetividad del sujeto en la identificación del género al que pertenece; y, iii) la preponderancia otorgada a la libertad de autodefinirse como perteneciente a determinado género, y, como consecuencia de ello, el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

reconocimiento legal de dicha autodefinición a través del cambio en el documento de identidad.

Esta realidad de desarrollo legal y jurisprudencial del cambio de sexo registral a nivel comparado se encuentra pues increíblemente obviada también por la sentencia en mayoría.

5. Finalmente, en cuanto al **argumento de tipo consecuencialista**, éste resulta en realidad inadecuado desde el punto de vista de la tutela que pretende brindar primariamente el amparo, esto es, una tutela de tipo subjetiva y concreta. Y es que la recurrente no ha venido en amparo para pretender solución a todas las cuestiones que se derivarían de la aceptación del cambio de sexo registral. En efecto, resulta inadecuado pronunciarse sobre si cabría el matrimonio de la recurrente con una persona de un sexo registral distinto (aunque cromosómicamente igual), sobre si este matrimonio puede constituir un fraude a un tercero, sobre si cabe el cambio de sexo registral de una persona casada y con hijos, etc.

Tampoco se ha solicitado que el Tribunal establezca los requisitos que deberían cumplirse para que proceda el reconocimiento legal del cambio de sexo registral. Aunque es deseable que estos requisitos existan con claridad para que en el futuro los casos similares se resuelvan con predictibilidad, estos requisitos también corresponden ser fijados, en principio, por el legislador y supletoriamente por los jueces, de acuerdo a cómo se vayan presentando los casos particulares. Para el caso de autos, como veremos luego, lo que importa es que se encuentre suficientemente acreditado que la recurrente está firmemente identificada con el sexo que pretende adoptar.

En la jurisdicción constitucional si bien se crea Derecho, esta creación depende del caso concreto. La creación jurisprudencial del Derecho es, en puridad, la respuesta de un órgano judicial a un vacío normativo que requiere ser llenado para responder a la controversia planteada por el demandante. No puede, por tanto, discutirse la forma cómo se deben llenar otros vacíos normativos que no sean conducentes para dar respuesta al caso concreto, sin que con ello no se afecten las competencias del legislador encargado de regular de modo general y detallado una determinada materia.

En resumen, el argumento de tipo consecuencialista es erróneo, pues no puede denegarse justicia constitucional con base en la idea de que la estimación de la demanda traería una serie de cuestiones controvertidas a las que el Derecho aún no ha dado respuesta. Bueno, dichas cuestiones deben ser respondidas por el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

legislador o, eventualmente, por los jueces, pero ello no implica que no pueda brindarse respuesta a la concreta cuestión controvertida que ha planteado la recurrente. No hacerlo supondría, más bien, infringir el principio de no dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de la ley, contenido en el artículo 139.8 de la Constitución.

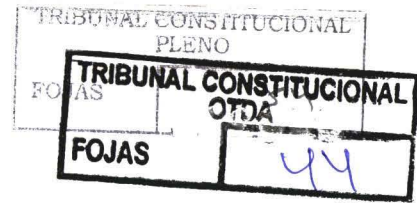
6. Hasta aquí hemos procedido a rebatir todos los argumentos en base a los cuales la sentencia en mayoría ha procedido a desestimar la demanda. Cabe, sin embargo, ahora la pregunta de ¿cuál era la forma correcta de plantear y resolver la demanda de autos? Como ya adelantamos, el caso de autos debía resolverse en una reflexión jurídica, apoyada por la ciencia médica, relacionada a la forma cómo la subjetividad del sujeto condicionada culturalmente podía constituirse en un elemento clave para la construcción de la identidad de género. En suma, si dicha subjetividad (o autonomía) de la persona trans podía configurar el alcance del derecho fundamental a la identidad de género en el caso de autos. Esta es nuestra respuesta a dicha interrogante.

El derecho fundamental a la identidad

7. A pesar de que todos los seres humanos son iguales, la diversidad es un rasgo que caracteriza a ese conglomerado llamado humanidad ello, por cuanto, la libertad como sustento existencial permite que cada persona en un ejercicio dialógico con las múltiples opciones que le ofrece su fuero interno, así como con el mundo exterior, construya una identidad propia que la conlleve a concretizar su proyecto individual de vida, convirtiéndola, por tanto, en diferente a las demás personas.
8. Cada ser humano en tanto persona libre diseña su propio proyecto de vida y busca realizarlo en la mayor medida posible. Ese proyecto de vida guarda un sello único, irrepetible e intransferible por lo que el llevarlo a cabo delinea la personalidad del ser, cómo es que la persona aparece en el mundo exterior con sus características sociológicas, culturales, psicológicas y espirituales que guardan relación con los valores que en ejercicio de su autonomía moral profesa y defiende.
9. Esa personalidad que trasciende en la identidad le otorga a cada ser humano su propia verdad, la misma que lo individualiza y le permite decir "soy yo". El hecho de que cada ser humano posea su verdad personal exige que se le reconozca "tal como es" y que nadie pueda transfigurar su identidad atribuyéndole características, conductas, rasgos psicológicos o de otra índole que no le corresponden, mucho menos negar su bagaje ideológico, social, cultural, su forma de pensar y comportarse.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

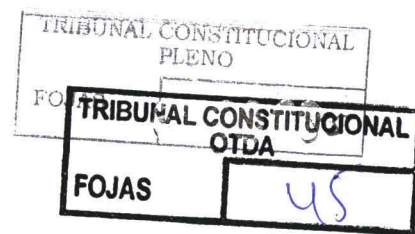
SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

10. En suma, “la persona es única e idéntica sólo a sí misma. La libertad permite a cada uno elaborar intransferiblemente su propio proyecto de vida, su existencia. La identidad personal, entraña una inescindible unidad psicosomática, con múltiples aristas de diversa índole vinculadas entre sí, configurando una propia manera de ser, con aspectos estáticos y dinámicos, que conlleva la necesidad de protección jurídica a dicha identidad real” (Hooft, Pedro Federido (2008) “Transexualidad. ‘Cambio de sexo y nombre legal’ o ‘reconocimiento de sexo y nombre real’”. En: AA.VV. (2009) *Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*. Lima, Motivensa Editora Jurídica S.A., p. 228).
11. El derecho fundamental a la identidad, como ha puesto de relieve la doctrina, no puede ser apreciada como un concepto unitario, que engloba una sola realidad o que comprende una sola clase de características que identifican al individuo. Así, pues, se plantea que la identidad posee una faceta *estática*, es decir, no cambia con el devenir del tiempo. Pero, también posee una faceta *dinámica*, aquella que cambia de acuerdo a la evolución y maduración de la persona.
12. Durante mucho tiempo la identidad *estática* ha sido la única considerada jurídicamente, y comúnmente era denominada como “identificación”. Siendo los elementos que la configuran el código genético, el lugar y fecha de nacimiento, los progenitores, las características físicas inmodificables, el contorno somático, entre otros. Por su parte, la identidad *dinámica* está conformada por el conjunto de atributos y calificaciones de la persona de cariz variable como son las creencias filosóficas, religiosas, ideológicas, la profesión, las opiniones, preferencias políticas y económicas, el perfil psicológico, la sexualidad, entre otros.
13. La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece una percepción sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos (Cfr. STC N° 2273-2005-PHC, F.J. 22). Ello, porque si colocamos a los elementos objetivos de la identidad por encima de los subjetivos, que son los elementos que tienen relevancia moral porque encuentran fundamento en el principio de dignidad y autonomía, el Derecho y la protección



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

que éste otorga terminará objetivando la esencia moral de los individuos, y, por tanto, a sus derechos.

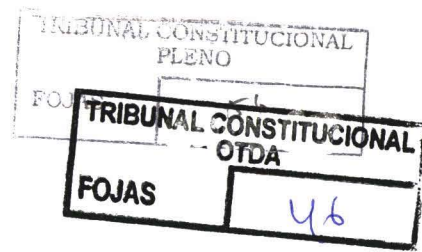
14. La identidad personal es, por tanto, el conjunto de componentes estáticos y dinámicos que individualizan a la persona en sociedad. Se trata de todos aquellos rasgos que hacen posible que cada cual sea “uno mismo” y “no otro”. Este plexo de atributos y características, que se proyectan hacia el mundo exterior, permite a los demás conocer a la persona, a *cierta persona*, en lo que ella es en cuanto ser humano único e irrepetible. Por consiguiente, ambas, la estática y la dinámica, como unidad totalitaria, perfilan la identidad de la persona. En síntesis, se puede decir que la identidad es el bagaje de características y atributos que definen la “verdad personal” en que consiste cada persona (Cfr. Fernández Sessarego, Carlos (2005) “Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar”. En: Gutierrez Camacho, Walter (director) (2005) *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Lima, Gaceta Jurídica S.A., p. 20).

El derecho a la identidad de género

15. Por su parte, en lo atinente específicamente al derecho a la identidad de género como expresión del derecho a la identidad, consideramos oportuno partir de la diferencia que contemporáneamente se ha establecido entre sexo y género. Aunque históricamente las categorías *sexo* y *género* han sido utilizadas de manera indistinta, es preciso puntualizar la diferencia que existe entre estos dos conceptos, a efectos de tener mayor claridad sobre el ámbito de protección que alcanza el derecho fundamental a la identidad en el presente caso. Así, de modo sintético, se afirma que el sexo se concibe como un dato biológico, en tanto que el género se define como una construcción social.
16. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe “Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes”, encargado mediante resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2653 (XLI-O/11), ha explicado esta diferencia de la siguiente manera:
17. La diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social. El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés, en adelante el “Comité CEDAW”) ha establecido que el término “sexo” se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término “género” se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

18. Social y doctrinalmente se ha establecido una diferenciación entre el sexo y el género y actualmente existe una tendencia a marcar esta distinción también en el lenguaje legislativo. Sin embargo, a nivel internacional y con cierta uniformidad en el ámbito doméstico, las categorías sexo y género han sido históricamente utilizadas en forma intercambiable. Por lo tanto, en el caso de algunos tratados internacionales y demás cuerpos normativos que al momento de su redacción no contemplaban la categoría “género”, se interpreta que la categoría “sexo” comprende también la categoría “género”, con el fin de asegurar el objeto útil de la protección jurídica integral” (subrayado nuestro).
17. En efecto, aunque tradicionalmente se ha asumido que la identidad del individuo se define en base al sexo anatómico, lo que queda recogido en el documento nacional de identidad a través del dato “sexo”, es preciso advertir que el desarrollo del concepto de género permite precisar mejor el objeto de protección del derecho a la identidad. La identidad de género, en tanto componente esencial del individuo, no se conforma solo a partir del hecho físico de la constitución biológica de la persona, sino que se completa, con otros elementos como los aspectos psicológicos, sociales o culturales de representación del género dentro de la sociedad. Así, el niño con su desarrollo se “identifica” como *varón* o como *mujer*, no solo a partir de su sexo biológico, sino tal y como va interiorizando estos constructos de género en su subjetividad. Su identidad, en este ámbito, se va integrando entonces no solo con el sexo anatómico o con el dato registral asignado, sino con la identificación que asume con la representación social del *género* masculino o femenino.

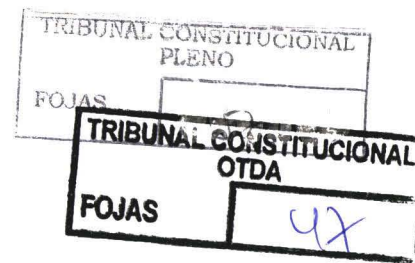
Desde esta perspectiva, la identidad de género no es un elemento de identificación *estático* del individuo, sino que al constituir una representación subjetiva marcada por el contexto social, se define como un elemento de identificación *dinámico*, en el cual se integran poderosamente, además del dato biológico, elementos de caracterización psicológica, social y cultural. Así, la vestimenta, los modales y los roles de género, comúnmente asignados a uno de los sexos de modo exclusivo, se han ido compartiendo o intercambiando con el otro sexo en el curso del tiempo; así como la expresión misma de masculinidad o femineidad ha ido variando según los valores que cada sociedad ha querido expresar en un momento determinado.

De este modo, lo ha entendido también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que en su Informe “Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes”, encargado mediante resolución de la Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2653 (XLI-O/11), ha explicado que:

“En los ámbitos sociológico y psicológico se reconoce con mayor intensidad la fluidez



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

que existe en la construcción de la identidad propia y la auto-definición: desde esta perspectiva se ha señalado que [...] la identidad de género... no son características estáticas de la persona, sino por el contrario son dinámicas y dependen de la construcción que cada persona haga de sí misma, así como de la percepción social que se tenga respecto de éstas" (párrafo 7).

18. En la generalidad de los casos, esta *identidad de género* construida por el sujeto en su interacción con la sociedad coincidirá con la *identidad* del individuo colocada en el documento nacional de identidad en base al sexo anatómico. No obstante, existen algunos casos en los cuales el dato registral del sexo colocado al nacer no será asumido por el sujeto. Éste es el caso de las personas *trans*, que se identifican sólida y permanentemente con el género opuesto, teniendo la necesidad de pertenecer y ser reconocidos socialmente en dicho género, además de manifestar malestar o insatisfacción por las características físicas que acompañan su sexo biológico original.

De acuerdo al Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes", el término "trans" se define como:

"Este término paragua –que incluye la subcategoría transexualidad y otras variaciones- es utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos" (párrafo 19).

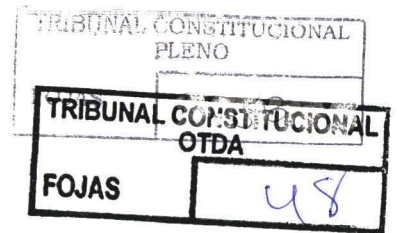
Mientras que el término "transexual" indica:

"Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas- para adecuar su apariencia física-biológica a su realidad psíquica, espiritual y social".

19. En estos casos, al margen del dato biológico de su sexo anatómico, la identidad se conforma preponderantemente por la consideración subjetiva de la persona respecto de su género, esto es, por la forma cómo el sujeto interioriza su pertenencia a uno de los géneros en su relacionamiento con la sociedad. Y esta consideración subjetiva no es meramente accesoria respecto de algunas cualidades o características del otro sexo que el sujeto puede apreciar, sino que supone una identificación profunda con el otro género en su totalidad. Como ha sostenido el propio DSM-IV-TR o *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

“El trastorno de la identidad sexual puede diferenciarse del comportamiento de disconformidad con el papel del propio sexo por la magnitud y la extensión de los deseos, de los intereses y de las actividades propias del otro sexo. Este trastorno no se refiere al comportamiento de disconformidad con el papel del propio sexo, como, por ejemplo, los comportamientos de “marimacho” en las niñas y de “afeminado” en los niños. Por el contrario, el trastorno representa una **profunda** alteración del sentido de identidad del individuo con respecto a la masculinización o a la feminización” (p. 649).

Esta identificación profunda con el otro género se inserta pues en la personalidad del individuo de un modo tal que bien puede decirse que dicha identidad cruzada es parte de su propia verdad personal, de una realidad que no puede rebatirse a costa de sacrificar la propia esencia del individuo. Aunque el género es una característica del individuo conformada socialmente, como ya se dijo líneas arriba, una vez asumida una determinada identidad, ésta llega a pertenecer a la categoría de características *esenciales* de la persona, en el sentido de que sin la misma la persona no podrá reconocerse a sí misma, dotada de dignidad. Como ha sostenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

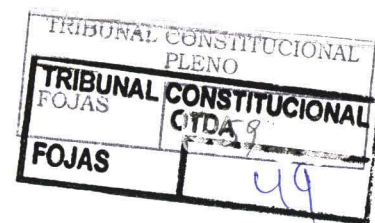
“[...]en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se ha entendido a la (...) **identidad de género** dentro de las características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona (tales como la raza o la etnia) e inmutables, “entendiendo por inmutabilidad una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad”.

Esta aparente contradicción, refiere jurídicamente a dos aristas de la categoría (...) identidad de género. Por una parte, en el ámbito de sus decisiones íntimas y personales y como parte esencial de su proyecto de vida, las personas pueden estar en un proceso de desarrollo constante y fluctuante, construyéndose a sí mismas en relación con una determinada (...) identidad de género. No obstante, esta categoría y esta posible fluctuación y movilidad de esta categoría inherente a la persona no supone que pueda ser modificada por terceras personas o por el Estado, so pena de configurarse una vulneración de su dignidad” (Informe “Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes”, párrafos 7 y 8).

20. En estos supuestos, al margen de la decisión de la persona *trans* respecto al apoyo clínico que requiera, físico o psicológico, para afrontar las circunstancias que aparejan esta condición, es evidente que la *autonomía moral* del sujeto solo puede ser respetada si el ordenamiento jurídico admite el reconocimiento de su identidad tal y como ésta es experimentada y vivida por el sujeto, y no conforme ésta es impuesta por la sociedad. No reconocer el derecho de la persona *trans* a autodefinirse y ser reconocido según su propia *subjetividad*, obviamente demostrada mediante elementos *objetivos*, supondría desconocer en sí el derecho de estas personas a la identidad de género: la supresión de un derecho fundamental para un grupo específico de personas, y un supuesto de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

discriminación, dado que en su caso, la autonomía moral o el derecho al libre desarrollo de la personalidad, tendrían menos valor que en las demás personas, sin ningún motivo justificado.

21. En este contexto, queda claro que el hecho de que la identidad se conforme no solo con el sexo biológico, sino con consideraciones subjetivas que son construidas en el seno de la sociedad, hace que sea necesario utilizar el término identidad de género, en lugar del clásico de identidad sexual, en tanto el primero permite incorporar mejor el haz de posiciones ius-fundamentales que se desprenden del reconocimiento de la subjetividad del individuo en la definición de su propia identidad. Así, el **derecho a la identidad de género**, entendido como el derecho de la persona a autoidentificarse con el género masculino o femenino, tal y como estos géneros son experimentados y vivenciados por el sujeto, permite incluir en su ámbito de protección los supuestos en los cuales el género asumido por el sujeto se desprende de su subjetividad situada socialmente y no del dato del sexo biológico registrado, como es el caso típico de las personas trans.

Análisis del caso concreto

22. En el caso de autos, el recurrente pide que se cambie el sexo (de masculino a femenino) en el DNI y en la partida de nacimiento de la representada. Ello en razón de que ya ha conseguido judicialmente que su prenombre masculino sea cambiado por uno femenino (de Jorge Luis a P.E.), y así consta en su partida de nacimiento y DNI, pero en dichos documentos su sexo permanece como masculino.
23. De autos fluye que efectivamente se ha expedido a favor de P.E.M.M. una resolución judicial autorizando su cambio de nombre, de prenombre masculino a prenombre femenino (Sentencia de fecha 20 de octubre de 2009, expedida por el Juzgado Especializado en lo Civil de la Provincia de San Martín, fojas 131-143 del cuaderno acompañado al principal). Y aunque en la parte resolutive de esta sentencia solo se ordena el cambio de prenombre, en la parte *considerativa* se expresa claramente que la razón de admitir el cambio de un prenombre masculino a uno femenino radica justamente en el hecho de que la demandante ha acreditado fehacientemente identificarse con el género femenino, identificación que debía ser reconocida por el ordenamiento jurídico, con base en el derecho a la identidad sexual. En efecto, en el fundamento 26 de la precitada sentencia, el juez estableció que:

“A ello, ha de sumar que está probado en autos, que socialmente el accionante es aceptado como persona de **sexo femenino**, debido incluso a su propia apariencia



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

fisiológica, ya que incluso se ha sometido a tratamientos quirúrgicos de reasignación sexual de hombre a mujer, tal como es la prótesis mamaria en el año 2000 y la vaginoplastia cutánea, realizada en el año 2001, así como el tratamiento hormonal, así se acredita con las constancias expedidas por la Unidad de Género de la Clínica Mediterránea (folios 7) y la Unidad de Identidad de Género del Hospital Universitari Clinic Barcelona (folios 74). Ello implica que el accionante ostenta psicológica, física y socialmente el sexo femenino, el que no concuerda con el sexo cromosómico y registral consignado en la partida de nacimiento, y mucho menos con el nombre asignado al momento de nacer”.

Del mismo modo, el juez concluyó su razonamiento expresando que:

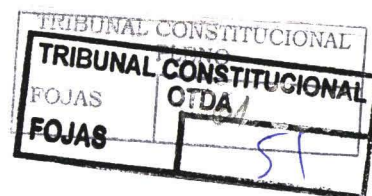
“Siendo ello así y conforme se ha desarrollado en los considerandos 13, 15 y 22 de la presente sentencia y en base al principio de identidad, desarrollo personal y dignidad del ser humano, debe disponerse el cambio de prenombre, máxime si el mismo informe psicológico asistencial de folios 74 de autos, recomienda “se regularice su situación administrativa (cambio de nombre y género en el DNI y otros documentos pertinentes) para favorecer la total adaptación psicosocial a los roles propios del sexo femenino””.

La precitada sentencia adquirió la calidad de *cosa juzgada* mediante resolución de fecha 27 de enero de 2010, la que la declaró consentida, al no haberse presentado ningún recurso impugnatorio por parte del representante del Ministerio Público. En este contexto, consideramos que, aún cuando no se haya ordenado el cambio de sexo registral en la sentencia antes referida, en el proceso de cambio de nombre se tuvo por plenamente acreditado la identificación de P.E.M.M. con el género femenino; por lo que dicha acreditación procesal debe ser tenida en cuenta por este Tribunal para la resolución de la presente controversia constitucional.

Además de ello, de las pruebas presentadas en el presente expediente se puede constatar la identificación de P.E.M.M. con el género femenino: i) las declaraciones ofrecidas (fojas 106 del cuaderno acompañado al principal); ii) la apariencia que ostenta en las fotografías (fojas 133, 149, 150, 194); iii) el reconocimiento de su nueva identidad por parte de las autoridades españolas, dado que ostenta pasaporte español donde se consigna su nombre P.E.M.M. de sexo “femenino” (fojas 3 del cuaderno acompañado al Exp. N° 423-2010-0-2208-JR-CI-01), además de la Resolución N° 42995/2003-1, de fecha 31 de marzo de 2005, donde se consigna que se ha reconocido la nacionalidad española a doña P.E.M.M. (fojas 11 del cuaderno acompañado al principal); y iv) el Certificado Médico suscrito por el Cirujano Plástico Reconstructivo y Estético de la Unidad de Género de la Clínica Mediterranea de Barcelona, donde se consigna que P.E.M.M. ha sido diagnosticada de *disforia de género*, que ha recibido tratamiento hormonal por un tiempo superior a un año y que ha sido intervenida con una



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

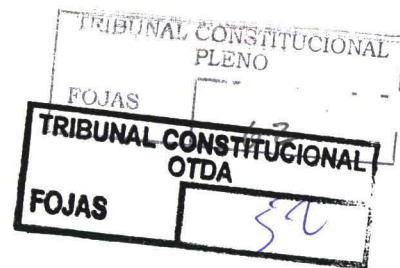
SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

- cirugía de reasignación de sexo (fojas 7 del cuaderno acompañado al principal), además del Certificado Médico suscrito por la Especialista en Psiquiatría, Dra. E. Gómez Gil, y el Especialista Senior en Psicología, J. M^a Peri, de la Unidad de Identidad de Género de la Clínic Barcelona Hospital Universitari, de fecha 23 de julio de 2008, en el cual se revela que la señora P.E.M.M. fue sometida a cirugía de reasignación sexual de hombre a mujer entre los años 200 y 2001, y que venía siendo atendida hormonalmente desde los 16 años debido a su diagnóstico de trastorno de la identidad de género (fojas 74 del cuaderno acompañado al principal).
24. Estas razones fácticas aunadas a las razones jurídicas ya expuestas en los fundamentos anteriores de esta sentencia en el sentido **i)** de que la identidad de género es una manifestación del derecho a la identidad que guarda absoluta relevancia en la medida que la sexualidad forma parte de las diferentes manifestaciones de la personalidad del individuo, y, por tanto merece protección; **ii)** de que los distintos componentes del género –cromosómico, gonadal, anatómico, psicológico, social y registral– interactúan en la persona de forma tal que le permiten configurar su género de acuerdo a su propia y autónoma experiencia vivencial; **iii)** que entre la identidad que revela la verdad personal y los datos consignados en un documento de identidad no puede existir disociación alguna; y, **iv)** que si el Derecho solo otorga protección a la dimensión formal o estática de la identidad del individuo, termina *objetivando* su esencia moral, así como su dignidad; constituyen justificación para autorizar que el sexo registral de P.E.M.M. sea modificado en su partida de nacimiento, así como en su DNI.
25. La libertad como sustento existencial permite que cada persona en un ejercicio dialógico con las múltiples opciones que le ofrece su fuero interno, así como con el mundo exterior, construya una *identidad* propia que la conlleve a concretizar su propio proyecto personal. La libertad –como ha señalado este Tribunal–, en tanto fundamento de la identidad, permite revelar la verdad personal y propicia el reconocimiento y respeto de los individuos tal y como éstos se reconocen, sin imposiciones externas que los desfiguren.
26. P.E.M.M. en ejercicio de esa libertad se ha identificado con el género femenino y ha logrado cambiar incluso el pronombre que figuraba en su DNI de uno masculino a uno femenino; por ello, mantener el dato de sexo masculino en su DNI, no solo perjudica injustificadamente su identidad, sino que también lesiona su dignidad y, con ello, pone en cuestionamiento el goce efectivo de otros derechos que la propia Constitución le reconoce y propicia, a su vez, situaciones diferenciadoras de trato que afectan su derecho a la igualdad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00139-2013-PA/TC

SAN MARTIN

P. E. M. M. representada por RAFAEL
ALONSO YNGA ZEVALLOS

Por estas razones nuestro voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo por haberse acreditado la vulneración del derecho a la identidad de género y al reconocimiento de la personalidad jurídica y, en consecuencia,
2. **ORDENAR** que la Municipalidad Distrital de Miraflores de la Provincia de Lima inscriba la anotación de cambio de sexo respectiva en la partida de nacimiento de P.E.M.M.
3. **ORDENAR** que el RENIEC efectúe el cambio de sexo registral en el DNI de P.E.M.M. y le expida uno nuevo.

SS.
ETO CRUZ
MESÍA RAMÍREZ

Lo que certifico:



OSCAR ZAPATA ALCÁZAR
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Proyecto de Ley N° 961/2016-CR

Las y los Congresistas de la República que suscriben, en ejercicio del derecho a iniciativa en la formulación de leyes que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú y los artículos 22.c, 74 y 75 del Reglamento del Congreso de la República, ponen a consideración del Congreso de la República el siguiente proyecto de ley:

PROYECTO DE LEY

LEY DE MATRIMONIO CIVIL IGUALITARIO

Artículo 1. Modificación del artículo 234 del Código Civil

Modifíquese el artículo 234 del Código Civil que quedará redactado de la siguiente manera:

Noción del matrimonio

Artículo 234.- El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por dos personas legalmente aptas para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.

Ambos cónyuges tienen en el hogar derechos, deberes y responsabilidades iguales.

Artículo 2. Aplicación de la ley

Todas las referencias a la institución del matrimonio civil que contiene el ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo y al constituido por personas de distinto sexo.

Ninguna norma del ordenamiento jurídico podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al conformado por personas de distinto sexo.

Los matrimonios constituidos por personas del mismo sexo como los conformados por personas de distinto sexo son formas de familia, independientemente de si tienen hijos/as en común.

Artículo 3. Reconocimiento de matrimonios celebrados en el extranjero

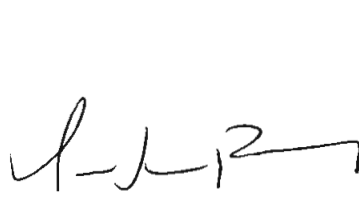
Todo matrimonio regularmente celebrado al amparo de un ordenamiento extranjero tiene la misma eficacia en el Perú, conforme a las reglas del Derecho Internacional Privado. No podrá alegarse en ningún caso que el matrimonio entre dos personas del mismo sexo es en sí mismo incompatible con el orden público internacional.

Artículo 4. Vigencia de la ley


La presente Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación.

Lima, 14 de febrero de 2017



INDIRA ISABEL HUILCA FLORES
Congresista de la República


CONGRESO DE LA REPÚBLICA
MARISA GLAVE REMY

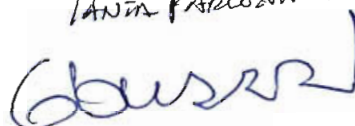



Alberto de Belandere


M. DARRONT


TANIA PARIONA






CONGRESO DE LA REPÚBLICA
REPÚBLICA DEL PERÚ
Grupo Parlamentario
MARCO ANTONIO ARANA ZEGARRA
Directivo Portavoz Grupo Parlamentario
El Frente Amplio por Justicia, Vida y Libertad


CONGRESO DE LA REPÚBLICA
EDGAR A. OCHOA PEZO
Congresista de la República


Carlos Bruce

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, ...**16**.....de...**FEBRERO**.....del 201**4**.....

Según la consulta realizada, de conformidad con el
Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la
República: pase la Proposición N° **961**.. para su
estudio y dictamen, a la(s) Comisión(es) de

JUSTICIA y DERECHOS HUMANOS.

JOSÉ F. CEVASCO PIEDRA
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPUBLICA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El presente proyecto de ley pretende modificar el Código Civil en el artículo que regula el matrimonio civil para que se elimine la barrera legal que impide que las parejas del mismo sexo puedan acceder al mismo, fundamentado en los estándares del Derecho Constitucional nacional y comparado, Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Como señala el artículo 360 del Código Civil vigente, la disposiciones que se regulan en éste cuerpo normativo son relativas al matrimonio civil y dejan íntegros los deberes que las religiones imponen. En la misma línea este proyecto de ley se refiere al matrimonio civil entre personas.

La iniciativa ha sido elaborada sobre la base de la propuesta alcanzada por el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos – Promsex, y cuenta con los aportes de diversos colectivos LTGBI y activistas por la diversidad sexual.

I. FUNDAMENTACIÓN

1.1 Marco constitucional y legal de la familia y el matrimonio

Las disposiciones constitucionales que tratan sobre la familia y las relaciones de pareja son los artículos 4¹ y 5² ; sin embargo, de las citadas disposiciones se desprende que la Constitución no define a la familia como tampoco la identifica de manera exclusiva con un modelo único. El propio Tribunal Constitucional ha sostenido una concepción dinámica e histórica de la familia, al expresar que:

[...] 6. La aceptación común del término familia lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Tradicionalmente con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos que se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así desde una perspectiva jurídica tradicional la familia "está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en parentesco.

7. Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear; conformada alrededor de la figura del pater familias³ .

Así pues, "si bien el modelo de familia nuclear, hegemónico en el siglo XIX, impregnó la legislación peruana, hoy afirmar la exclusividad de tal modelo resulta incompatible con los principios de dignidad, igualdad y autonomía individual. En consecuencia, el

¹ Artículo 4. La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad

² Artículo 5. La unión estable de un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto le sea aplicable.

³ STC Exp N.º 09332-2006-PA/TC, fundamentos 6 y 7.

mandato de protección a la familia que ordena el anteriormente citado artículo 4 de la Constitución no se dirige solo a la familia nuclear, tiene por el contrario un mayor alcance, abarcando a todas aquellas formas familiares que no sean incompatibles con la Constitución"⁴.

A lo anterior se suma la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Atala Riffo y niñas contra Chile que dejó establecido que el concepto de familia contenido en la Convención Americana es diverso:

La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo "tradicional" de la misma⁵.

En el presente caso, este Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una "familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social", y no en una "familia excepcional", refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la "familia tradicional")⁶.

En ese sentido, la Constitución de 1993 contiene un concepto abierto de familia, así lo ha establecido también el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, por lo que el mandato de protegerla no puede entenderse sino dirigido a la diversidad de formas o estructuras familiares que puedan presentarse, protección que se materializa, bajo un Estado constitucional, principalmente en la garantía de los derechos individuales de sus miembros y siempre en armonía con los principios constitucionales, como el de igualdad y no discriminación.

Una lectura literal restringida de los artículos constitucionales entraría en contradicción con el principio de igualdad, el mandato de no discriminación y la autonomía individual; pues la diversidad de orientaciones sexuales en relación con los planes de vida familiares encuentran amparo constitucional en los principios que subyacen al texto de la Constitución y que han ido siendo desarrollados en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

La Constitución Política del Perú establece que: *"La comunidad y el Estado (...) protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad"*⁷ y señala que, las formas del matrimonio, las causas de separación y de disolución serán reguladas por Ley. Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido el matrimonio como una *institución jurídica constitucionalmente garantizada⁸ y natural*.

Dichas referencias, conforme a lo señalado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se refieren a que "el hecho social que permite establecer jurídicamente [la] institucionalización [del matrimonio] precede a la formación del Estado y a su

⁴ Fernández Revoredo, María Soledad. La Igualdad y no discriminación y su aplicación en la regulación del matrimonio y las uniones de hecho en el Perú. 2014, pág. 20.

⁵ Corte IDH. Caso de Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 142.

⁶ Ibid. pág. 143.

⁷ Artículo 4 de la Constitución Política del Perú

⁸ Ver: Expediente N.º 2868-2004-AA/TC, fundamento 13 y EXP. N.º 03605-2005-AA/TC, fundamento 3.

reconocimiento constitucional⁹; ello no implica que se haya establecido de manera definitiva cómo y por quiénes se constituyen las uniones matrimoniales, más aún cuando el propio artículo 2.2 de la Constitución prohíbe toda forma de discriminación.

Así pues, la institución constitucionalmente protegida del matrimonio no hace mención a la orientación sexual de las personas como un requisito para contraerlo por lo que el texto constitucional no presenta barreras para regular el matrimonio de dos personas del mismo sexo y el Poder Legislativo puede configurar de manera razonable las formas y condiciones de su celebración, evitando vulnerar derechos de las personas. Esto último, en atención a que existe un marco de constitucionalidad, que es límite para la actividad legislativa, que se encuentra conformado por la Constitución, los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado peruano es parte y la interpretación sobre los derechos que los órganos y cortes supranacionales han realizado.

De esta manera, si bien la Constitución prevé que el Poder Legislativo puede establecer la forma de constitución del matrimonio, así como las causas de separación y de disolución, debe tenerse en cuenta que la facultad del Estado para regular lo referente a las relaciones de pareja y familiares debe guardar absoluta armonía con el marco constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tal como lo reconoce el propio Código Civil al señalar que "la regulación jurídica de la familia debe realizarse en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú"¹⁰. En ese sentido, el Poder Legislativo no puede dejar de garantizar protección jurídica a las parejas conformadas por personas del mismo sexo ya que esto supondría una forma de discriminación la misma que se encuentra proscrita por el artículo 2.2 del texto constitucional y las normas relativas a los derechos humanos. Asimismo, esta protección debe garantizarse bajo los parámetros establecidos para las personas de sexo distinto.

Así también, debe recordarse que el Estado en su ordenamiento interno y por actos de cualquiera de sus poderes no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación en perjuicio de un determinado grupo de personas¹¹, como es el caso de las personas LGTB, en el entendido de que "la legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, que constituyen un límite infranqueable a la regla de mayorías en instancias democráticas"¹².

En ese sentido, debe considerarse que la Corte IDH ha señalado en su jurisprudencia que "la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido [en ningún ámbito] para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que

⁹ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2014). Informe N°-2014-JUS/DGDH. Opinión sobre el Proyecto de Ley 2647/2013-CR que establece la unión civil no matrimonial para personas del mismo sexo, pág. 18. Disponible en: <http://3.elcomercio.e3.pe/doc/0/0/8/5/1/851029.pdf>

¹⁰ Código Civil peruano:

Artículo 233.- La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.

¹¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párrafo 100.

¹² Corte IDH. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones) en el caso *Gelman vs. Uruguay*, párr. 139.

estas minorías han sufrido¹³, máxime cuando el Estado peruano está internacionalmente obligado a adoptar las medidas que fueren necesarias "para hacer efectivos" los derechos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, tal como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento, "con el fin de evitar la exclusión o negación de una determinada condición"¹⁴.

1.2 Reconocimiento de las relaciones de pareja y familiares para personas del mismo sexo en el marco del Derecho Comparado

A julio de 2016, veintiún Estados han reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo: Países Bajos, Bélgica, España, Canadá, Sudáfrica, Suecia, Noruega, Argentina, Portugal, Islandia, Dinamarca, Brasil, Francia, Nueva Zelanda, Uruguay, Reino Unido –con la excepción de Irlanda del Norte–, Irlanda, Luxemburgo, Estados Unidos, México y Colombia¹⁵.

En reconocimiento del matrimonio igualitario en algunos casos se ha dado por vía legislativa, mientras que en otros países se ha dado con intervención de la esfera judicial¹⁶.

1.2.1 Sentencias de la Corte Constitucional colombiana

En nuestro continente, el matrimonio igualitario ha sido objeto de análisis y decisiones importantes por parte de la Corte Constitucional de Colombia. Dicha corporación - a pesar que el artículo 42 de su Constitución Política de 1991 refiere expresamente que el matrimonio surge del vínculo entre un hombre y una mujer- ha señalado que el matrimonio acorde con la orientación sexual es expresión de los principios constitucionales de dignidad humana, libertad individual e igualdad¹⁷, libre desarrollo de personalidad y a la autodeterminación¹⁸. Ha sostenido dicha corte que matrimonio es una manifestación de la autonomía del ser humano¹⁹ y debe celebrarse "sin distingos sociales, étnicos, raciales, nacionales o por su identidad sexual"²⁰.

El matrimonio es también una expresión de la libertad de ser humano, en ese sentido:

[...] unirse a otro ser humano, sea mediante un vínculo jurídico natural o solemne por medio de la celebración de un matrimonio es un derecho que deviene del raciocinio de los seres humanos, en cuya naturaleza y resolución converge algo tan esencial como la necesidad de relacionarse con otra persona para compartir la existencia y desarrollar un proyecto de vida común. El vínculo permanente de esta opción libre, está basado en los lazos o sentimientos más vitales y elementales de la condición humana. Tanto es así, que en muchos casos sus efectos trascienden la vida en sí misma, pues aún después de la muerte, las personas continúan caracterizándose y determinándose sobre la base del

¹³ Corte IDH. Caso de Karen Atala Ríffo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 92.

¹⁴ Ibid. párrafo 119

¹⁵ ZELADA, Carlos J. y Alonso GURMENDI DUNKELBERG. "Entre el escudo y la espada: el matrimonio igualitario visto desde el orden público internacional y el derecho internacional de los derechos humanos". *Themis*, 69, 2016, p. 266.

¹⁶ RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz. "Reflexiones a propósito del reconocimiento en argentina del matrimonio igualitario y el rol que le corresponde a la esfera judicial". *Gaceta Constitucional*, Tomo 32, agosto 2010, pp. 383-390.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C- SU214/16

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-577/11

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-577/11 y C- SU214/16

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C- SU214/16

vínculo que sostuvieron en esta unión esencial denominada por las diversas culturas matrimonio²¹.

Otra de las libertades que se ven afectadas por la prohibición de este matrimonio es el libre desarrollo de personalidad, puesto que: "La expresión de la voluntad responsable para conformar una familia debe ser plena en el caso de los homosexuales es [una] conclusión que surge de [sus] exigencia²².

Otro de los principios sobre los cuales se sustenta el matrimonio tanto de las parejas heterosexuales y del mismo sexo es la igualdad de trato. Al respecto, la Corte de Colombia ha señalado que: i) "[...] Establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo, en el sentido de que mientras las primeras pueden conformar una familia, sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil, en tanto que las segundas pueden hacerlo únicamente por medio de la primera opción, configura una categoría sospechosa (fundada en la orientación sexual), que no logra superar un test estricto de igualdad, como quiera que no persigue ninguna finalidad constitucionalmente admisible"²³; ii) "Hombres y mujeres forman parte de la especie humana y la igualdad implica dar un trato igual a los que son iguales"²⁴; iii) "Un sistema constitucional y democrático no admite la existencia de dos categorías de ciudadanos: unas mayorías que gozan del derecho a contraer matrimonio civil y unas minorías que están injustamente desprovistas de éste"²⁵; iv) "el principio de igualdad se opone, de manera radical, a que a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría"²⁶.

Asimismo, se ha resaltado que el derecho de las minorías: i) "no admite la existencia de dos clases de matrimonio, enviando un mensaje de inferioridad a algunas personas, pues ello comporta un trato diferenciado y desproporcionado fundado en la orientación sexual que quebranta los derechos a la libertad, a la dignidad humana y a la igualdad"²⁷; ii) "El derecho fundamental a la libre opción sexual impide imponer o plasmar a través de la ley la opción sexual mayoritaria ya que el campo sobre el cual recaen las decisiones políticas del Estado no puede ser aquel en el que los miembros de la comunidad no están obligados a coincidir como ocurre con la materia sexual, salvo que se quiera edificar la razón mayoritaria sobre el injustificado e ilegítimo recorte de la personalidad, libertad, autonomía e intimidad de algunos de sus miembros"²⁸. "En esta dirección se ha concluido que el principio democrático no puede avalar "un consenso mayoritario que relegue a los homosexuales al nivel de ciudadanos de segunda categoría" y que el principio de igualdad se opone, de manera radical, a que, a través de la ley, por razones de orden sexual, se subyugue a una minoría que no comparta los gustos, hábitos y prácticas sexuales de la mayoría"²⁹.

Las limitaciones que sí son admisibles constitucionalmente en la celebración del matrimonio son las de tipo consanguíneo, por razones de edad, cuando no hay

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C- SU214/16

²² Sentencia C-577/11

²³ Corte Constitucional, Sentencia C- SU214/16

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C- SU214/16

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C- SU214/16

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-577/11

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C- SU214/16

²⁸ Sentencia C-577/11

²⁹ Sentencia C-577/11

consentimiento libre o cuando hay otro vínculo matrimonial³⁰; fuera de esos supuestos, no es constitucionalmente admisible imponer otras limitaciones, como las de tipo sexual.

El Tribunal colombiano ha considerado también que la autodeterminación sexual, que comprende "el proceso de autónoma asunción y decisión sobre la propia sexualidad", constituye "[el] núcleo esencial de los derechos a la personalidad y a su libre desarrollo"³¹, "como opción no sometida a la interferencia o a la dirección del Estado, por tratarse de un campo que no le incumbe, "que no causa daño a terceros" y que está amparado por el respeto y la protección que [...] deben asegurar las autoridades a todas las personas residentes en [un determinado país]"³².

1.2.2 Corte Suprema de Estados Unidos

El 26 de junio de 2015, en el caso *Obergefell v. Hodges*, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en una decisión de cinco votos contra cuatro, decidió que las parejas del mismo sexo tienen el derecho fundamental a contraer matrimonio en todos los Estados.

La Corte se fundamentó en que: (i) este derecho forma parte de la autonomía personal de cada individuo; (ii) los precedentes de la Corte Suprema han reconocido que el derecho al matrimonio es fundamental; (iii) el matrimonio da eficacia a otros derechos conexos como lo son la crianza, procreación y educación de los niños, de manera que los menores que hacen parte de estas familias sufren el trato diferenciado de ser criados por padres que no están casados; (iv) el matrimonio es un pilar fundamental de la nación y los estados parte de la unión han aprobado muchos beneficios a quienes contraen dicho vínculo, por lo que las parejas homosexuales se ven injustificadamente excluidas de los mismos, y (v) el derecho a contraer matrimonio aplica a los estados de la unión en virtud de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución Federal.

Con respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio, la Corte Suprema de los Estados Unidos determinó que se trata de una tradición de la gran mayoría de culturas, indefectiblemente ligada a la dignidad humana: "La naturaleza del matrimonio es tal que, a través de su vínculo permanente, dos personas pueden encontrar juntas otras libertades, como la expresión, la intimidad y la espiritualidad. Esto es cierto para todas las personas, independientemente de su orientación sexual. Hay dignidad tanto en la unión entre dos hombres o dos mujeres que buscan casarse como en su autonomía para tomar decisiones tan profundas"³³.

En complemento de lo anterior, la Corte desligó la decisión de posturas de orden ideológico, político, filosófico o religioso: "El derecho a contraer matrimonio es fundamental como una cuestión de historia y tradición, pero los derechos no provienen de fuentes antiguas solamente. Surgen, también, de un entendimiento mejor informado sobre cómo los imperativos constitucionales definen una libertad que sigue siendo urgente en nuestra propia época. Muchos de los que consideran equivocado el matrimonio entre personas del mismo sexo llegan a esa conclusión basándose en

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C- SU214/16

³¹ Sentencia C-577/11

³² Sentencia C-577/11

³³ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, caso *Obergefell v. Hodges*

premisas religiosas o filosóficas decentes y honrosas, y ni ellos ni sus creencias están siendo menospreciados aquí. Pero cuando esa sincera oposición personal se convierte en ley y en política pública, la consecuencia lógica es que el propio Estado da cierto imprimatur a una exclusión que pronto degrada o estigmatiza a aquellos cuya libertad es denegada. Según la Constitución, las parejas del mismo sexo buscan en el matrimonio el mismo trato jurídico que las parejas de sexos opuestos, y negarles este derecho menospreciaría sus decisiones y los denigraría como personas."³⁴

Otro derecho fundamental que se garantiza con la adopción de este tipo de matrimonio es la igual protección de las leyes: "El derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio que forma parte de la libertad prometida por la Decimocuarta Enmienda se deriva, también, de la garantía de que la enmienda de la igual protección de las leyes. Debido Proceso Claus y la cláusula de igual protección están conectados. Así, a pesar de que los contienen los principios independientes. Derecho implícito en la libertad y los derechos garantizados por la igualdad de protección puede descansar en diferentes preceptos y no siempre son la misma extensión. Sin embargo, en algunos casos cada uno puede ser instructivo en cuanto al significado y alcance de la otra"³⁵. "[A] las parejas del mismo sexo se les niega todos los beneficios que ofrece a las parejas de distinto sexo y se les impide ejercer un derecho fundamental. Especialmente contra un largo historial de desaprobación de sus relaciones, esta negación a las parejas del mismo sexo del derecho a casarse es un grave daño continuo. [...] la cláusula de igual protección, al igual que el Debido Proceso Cláusula, prohíbe esta infracción injustificada del derecho fundamental a contraer matrimonio"³⁶

Además, el tribunal supremo estadounidense consideró que impedir el matrimonio entre parejas del mismo sexo afecta los derechos fundamentales de los hijos y las hijas: "Excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio, por lo tanto, entra en conflicto con una premisa central del derecho a contraer matrimonio. Sin el reconocimiento, estabilidad y predictibilidad que el matrimonio ofrece, sus hijos sufren el estigma de saber que sus familias son de alguna manera inferiores. También sufren los costos materiales significativos de ser criados por padres solteros, relegados por causas ajenas a su voluntad a una vida familiar más difícil e incierta. De esta manera, las leyes sobre el matrimonio en cuestión causan daño y humillan a los hijos de parejas del mismo sexo"³⁷.

Sobre la competencia del Poder Legislativo para determinar el matrimonio entre parejas del mismo sexo, la Corte Suprema sostuvo que los derechos fundamentales son principios que prevalecen en defensa de las minorías, las cuales no pueden estar sometidas a la espera de la función legislativa: "La dinámica de nuestro sistema constitucional es que los individuos no tienen por qué esperar acción legislativa para hacer valer un derecho fundamental. Las cortes nacionales están abiertas para individuos afectados quienes llegan a ellas para vindicar sus intereses personales y directos contenidos en nuestra carta más básica"³⁸.

³⁴Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, caso Obergefell v. Hodges

³⁵Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, caso Obergefell v. Hodges

³⁶Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, caso Obergefell v. Hodges

³⁷Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, caso Obergefell v. Hodges

³⁸Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, caso Obergefell v. Hodges

1.2.3 Tribunal Constitucional Español

El matrimonio entre personas del mismo sexo es legal en España a partir del 3 de julio de 2005, con la aprobación por parte del Congreso de Diputados de la Ley 13/2005 "por la cual se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio". A través de esta norma se realizaron cambios en el Código Civil para eliminar las limitaciones existentes y permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, incluyendo el derecho a adoptar. El Poder Legislativo sustituyó la expresión "marido y mujer" por "cónyuges" y añadió un segundo párrafo al artículo 44 del Código Civil que dispone: "el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo."

Tras su entrada en vigor el 30 de noviembre de 2005, el Partido Popular presentó un recurso de inconstitucionalidad contra la ley ante el Tribunal Constitucional, el cual fue resuelto mediante Sentencia 198 del 6 de noviembre de 2012, (esto es siete años después de su tramitación), con 8 votos a favor de la constitucionalidad del matrimonio homosexual y 3 en contra. Previamente, en providencia judicial de mayo de 2009, el Tribunal Supremo había negado a los jueces la posibilidad de oponerse a casar parejas del mismo sexo, en razón de sus creencias religiosas, por considera que estos están sometidos al principio de legalidad.

En la sentencia del año 2012, el Tribunal Constitucional español indica que la medida adoptada: "No es ajena a una explicación racional sobre la medida adoptada, conteniéndose la misma en la exposición de motivos de la norma. Tal justificación se basa en la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución)"³⁹.

Otro de los argumentos para rechazar la demanda presentada es la evolución del derecho en cuanto a la aceptación del matrimonio: "La institución del matrimonio como unión entre dos personas independientemente de su orientación sexual se ha ido asentando, siendo prueba de ello la evolución verificada en Derecho comparado y en el Derecho europeo de los derechos humanos respecto de la consideración del matrimonio entre personas del mismo sexo. Una evolución que pone de manifiesto la existencia de una nueva "imagen" del matrimonio cada vez más extendida, aunque no sea hasta la fecha absolutamente uniforme, y que nos permite entender hoy la concepción del matrimonio, desde el punto de vista del derecho comparado del mundo occidental, como una concepción plural"⁴⁰.

Para este Tribunal con el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio por parte de personas del mismo sexo se respeta su orientación sexual y ello no afecta el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio:

El reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer

³⁹ Sentencia 198/2012

⁴⁰ Sentencia 198/2012

matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno. Ello no afecta al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse. Las personas heterosexuales no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares del derecho al matrimonio, puesto que con la regulación actual y con la anterior, gozan del derecho a contraer matrimonio sin más limitaciones que las que se deriven de la configuración legal de los requisitos para contraer matrimonio que realiza el Código civil. Sin embargo, las personas homosexuales gozan ahora de la opción, inexistente antes de la reforma legal, de contraer matrimonio con personas del mismo sexo, de tal modo que el respeto a su orientación sexual encuentra reflejo en el diseño de la institución matrimonial, y por tanto su derecho individual a contraer matrimonio integra también el respeto a la propia orientación sexual⁴¹.

1.3 Cumplimiento de las obligaciones internacionales del estado en materia de derechos humanos de las personas TLGB mediante la aplicación del control de convencionalidad en el ámbito legislativo

1.3.1 Fundamentos del *Control de Convencionalidad* en la función legislativa

Cuando un Estado es parte de tratados sobre derechos humanos es "función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial"⁴² la realización del control de convencionalidad en el ejercicio de sus funciones.

El *control de convencionalidad*, es concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional⁴³ y aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile del año 2006*, en cuya sentencia se abordaron, primigeniamente, los elementos y alcances del concepto.

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. *Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces [y cualquier autoridad], como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En esta tarea, [...] debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*⁴⁴

En ese sentido, en el marco del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, la Corte IDH ha ido precisando progresivamente el alcance de dicho control, para llegar a un concepto complejo que comprende los siguientes elementos (o características):

⁴¹ Sentencia 198/2012

⁴² Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. Párr. 239.

⁴³ *Ibid.* párr. 65

⁴⁴ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7 (sobre Control de Convencionalidad), pág. 04

a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.

b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública, es decir, de todas las autoridades y órganos de un Estado parte de la CADH, incluyendo los órganos legislativos como el Congreso de la República, en el ámbito de sus competencias.

c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia (dictada en atención a su competencia contenciosa o consultiva⁴⁵) de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte⁴⁶; con el objetivo de que no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones (del ámbito interno de los Estados) contrarias a su objeto y fin.

d) Es un control que debe ser realizado ex officio, es decir debe ser realizado aun cuando no haya un pedido por parte de terceros de que dicho control se realice, pues es obligación de todo órgano del Estado inherente al cumplimiento de sus funciones.

e) Su ejecución puede implicar la *supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH*, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública. Ello en atención a que el artículo 2⁴⁷ de la CADH impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención⁴⁸; en ese sentido los Estados tienen la obligación de adecuar su legislación interna cuando esta no se ajuste a los parámetros internacionales⁴⁹.

De manera específica, sobre el elemento c) debe considerarse que, la Corte IDH precisó que aun cuando un Estado no haya sido parte en un proceso internacional en que fue establecido un determinado estándar en materia de derecho humanos, por el solo hecho de ser Estado parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, "están obligados por el tratado a realizar un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana"⁵⁰.

⁴⁵ Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14. Resolución de 19 de agosto de 2014, párr. 31.

⁴⁶ Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012, párr. 330.

⁴⁷ Artículo 2: "Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

⁴⁸ Lo cual fue señalado por la Corte en el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. (párr.121. El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley N° 2.191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 de la Convención en el presente caso)

⁴⁹ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7 (Sobre Control de Convencionalidad), pág. 06

⁵⁰ Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. párr. 69

Asimismo, la Corte enfatizó que sus sentencias "no se limitan en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquélla es vinculante en su integridad, incluyendo su *ratio decidendi*"⁵¹. Lo cual también ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional del Perú:

En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT) de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos⁵².

Así pues, es necesario que, "la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención Americana"⁵³. En términos prácticos, ello significa que, al abordar la discusión sobre la aprobación del presente proyecto, la interpretación de los artículos del Código Civil y de la Constitución Política peruana sea coherente con los principios convencionales contenidos en la Convención Americana, otros tratados interamericanos y la jurisprudencia pertinente de la Corte IDH, para evitar que el Estado peruano incurra en responsabilidad internacional, considerando que los legisladores son los primeros llamados a cumplir con la labor de protección de los derechos humanos.

Por tanto, debe recordarse que en el análisis sobre la constitucionalidad y convencionalidad del presente proyecto de ley se deberá considerar que el "contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el [Código Procesal Constitucional] deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte"⁵⁴ y lo señalado por el Tribunal Constitucional:

[...] los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).⁵⁵

En ese sentido, de acuerdo a lo expuesto, el Poder Legislativo debe considerar en sus decisiones que la orientación sexual e identidad de género son categorías reconocidas y protegidas por la Constitución y la Convención Americana; y que las familias conformadas por parejas del mismo sexo también son familias protegidas y tienen el

⁵¹ Idem. párr. 102

⁵² Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 por el Tribunal Constitucional del Perú (Expediente No. 2730-2006-PA/TC), fundamento 12.

⁵³ Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. párr. 338

⁵⁴ Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales del Código Procesal Constitucional

⁵⁵ Exp. N.º 05854-2005-AA/TC Fundamento 23.

derecho al mismo trato y beneficios que el Estado les otorga a las parejas heterosexuales.

1.3.2 El principio de igualdad y no discriminación como fundamento de los derechos humanos

En el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos encontramos que el artículo 1 de la Convención Americana establece que:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social⁵⁶.

El artículo 2 de la Convención Americana establece:

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

El artículo 24 de la Convención Americana establece:

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado las distintas concepciones del derecho a la igualdad y la no discriminación⁵⁷. Explicando, de ese modo, que una concepción se encuentra relacionada con la "prohibición de diferencia de trato arbitraria (entendiendo por diferencia de trato distinción, exclusión, restricción o preferencia)"⁵⁸ y otra es la "obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados"⁵⁹. Aún más, la Corte IDH también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*⁶⁰, es decir, dicho principio puede considerarse como imperativo del derecho internacional general, lo que implica que, el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su

⁵⁶ Artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

⁵⁷ CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Karen Atala e Hijas v. Chile*, 17 de septiembre de 2010, párr. 80.

⁵⁸ ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, *No discriminación*, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7; Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 92.

⁵⁹ CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Karen Atala e Hijas v. Chile*, 17 de septiembre de 2010, párr. 80.

⁶⁰ Corte IDH, *Caso Atala Ríffo y Niñas Vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 79; Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 101.

tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación⁶¹.

Por ello, la violación del principio de igualdad y no discriminación por parte de los Estados, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, le genera responsabilidad internacional, pues "dicho principio, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares"⁶².

En ese sentido, respecto a las obligaciones del Estado de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en la CADH, debe entenderse que, "todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, pues [...] el principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos"⁶³, máxime cuando la Corte ha establecido que, "los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de iure* o *de facto*"⁶⁴.

1.3.3 La orientación sexual como categoría protegida por la Convención Americana de Derechos Humanos y su impacto en la interpretación de la Constitución Política del Perú

Según el artículo 2.2 de la Constitución, se reconoce el principio/derecho de igualdad en los siguientes términos: "Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". En ese sentido, el Tribunal Constitucional ya ha emitido sendos pronunciamientos sobre el derecho/principio a la igualdad y no discriminación con relación a la categoría de orientación sexual, señalando lo siguiente:

(...) El respeto por la persona se convierte en el *leit motiv* que debe informar toda actuación estatal. Para tales efectos, la Constitución peruana no distingue a las personas por su opción y preferencias sexuales; tampoco en función del sexo que pudieran tener. Se respeta la dignidad de la persona.⁶⁵

La permisión de la visita íntima no debe sujetarse a ningún tipo de discriminación, ni siquiera aquellas que se fundamenten en la orientación sexual de las personas privadas de su libertad [...] en estos casos la autoridad penitenciaria, al momento de evaluar la solicitud de otorgamiento, deberá exigir los mismos requisitos que prevé el Código de Ejecución Penal y su Reglamento para las parejas heterosexuales.⁶⁶

Por su parte, la Corte IDH ha establecido que "la orientación sexual se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de toda persona de auto-determinarse y

⁶¹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 100

⁶² *Idem* párr. 134

⁶³ Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 100.

⁶⁴ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 103; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 271.

⁶⁵ STC N° 2868-2004 AI/TC, pág. 23

⁶⁶ STC N° 01575-2007-PHC/TC, pág. 28

escoger libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones⁶⁷. Así, reiteradamente, tanto en el año 2012, en un caso relacionado con la remoción, a una mujer lesbiana, de la tuición de sus hijas debido a su orientación sexual (*Atala Riffo y Niñas vs. Chile*), como en el año 2016, en un caso relativo al no reconocimiento a un ciudadano de la pensión de sobrevivencia correspondiente posterior a la muerte de su pareja del mismo sexo (*Ángel Alberto Duque vs. Colombia*), la Corte IDH concluyó que la orientación sexual constituye una categoría protegida por la Convención Americana:

[...] teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas [...], la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual".^{68 69}

Estas consideraciones, son obligatorias en atención al control de convencionalidad y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo V del Código Procesal Constitucional⁷⁰ y la Cuarta Disposición Final y Transitoria⁷¹ de la Constitución.

La Corte IDH ha sido enfática en señalar que "tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio"⁷².

El Tribunal Constitucional ha precisado que la igualdad implica el "reconocimiento de un *derecho a no ser discriminado* por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otros motivos ("de cualquier otra índole") que jurídicamente resulten relevantes"⁷³. Asimismo, ha señalado el Tribunal a propósito del artículo 2.2 de la Constitución que aunque esta disposición constitucional no mencione, al menos de manera expresa, a cierto grupo

⁶⁷ Corte IDH. Caso de Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 136.

⁶⁸ Corte IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 91.

⁶⁹ Corte IDH. Caso *Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.

⁷⁰ Código Procesal Constitucional. (2004) Artículo V. Interpretación de los Derechos Constitucionales: "El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte".

⁷¹ Cuarta. - Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

⁷² Corte IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 124.

⁷³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia de 16 de abril de 2014, recaída en el Expediente N° 02437-2013-PA/TC, fundamento 5.

de personas como uno que merece una especial protección constitucional frente a supuestos de discriminación, "es posible afirmar que, de la expresión "de cualquier otra índole", el constituyente ha deseado elaborar una cláusula de carácter indeterminado que sea pasible de amoldarse a los tiempos y que pueda reconocer nuevos supuestos de especial tutela"⁷⁴.

A nivel nacional la categoría de orientación sexual aparece reconocida expresamente desde el Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, artículo 37.1.

1.4 Los caminos adoptados por las parejas peruanas: uniones simbólicas y reconocimiento de uniones celebradas en el extranjero

La falta de regulación sobre las uniones de personas del mismo sexo en el Perú ha ocasionado que las parejas de peruanos y peruanas opten por diversos caminos.

Una de las vías ha sido oficial **uniones simbólicas** en registros administrados por colectivos de la comunidad LGBT. Por ejemplo, el 19 de julio del 2003, durante el Primer Festival de la Diversidad Sexual desarrollado en la Plaza Francia, se abrió el Registro Simbólico de Uniones de Hecho entre personas del mismo. El Registro lo administra el *Colectivo Uniones Perú* que fue conformado en el 2003 por lesbianas y gays que tenían como objetivo el reconocimiento social y legal de las familias que voluntariamente conforman. Desde ese año, anualmente en ceremonias públicas especialmente organizadas como los Festivales de la Diversidad Sexual y de Género o en las Ceremonias denominadas El Amor no Discrimina, y en ceremonias privadas se han inscrito 121 compromisos entre personas del mismo sexo.

Otra estrategia de parejas de peruanas y peruanos en relaciones de pareja del mismo sexo ha sido **legalizar sus uniones en el extranjero**. Esto se ha reflejado en criterios jurídicos relativos al reconocimiento de dichos matrimonios en el Perú. Desde la academia se ha destacado que:

El Perú es uno de los cuatro países de Sudamérica que no reconoce ninguna forma legal para que dos personas del mismo sexo puedan conformar una sociedad de gananciales y ser reconocidos como una familia. Esta situación deja a millones de sus ciudadanos en el más absoluto desamparo, impidiéndoles la realización plena de su proyecto de vida. Algunas de estas personas, deseosas de contar con un reconocimiento legal de sus relaciones, ven en los ordenamientos jurídicos extranjeros una opción de última *ratio* para obtener un mínimo de derechos amparables en nuestro país. Después de todo, algunos Estados permiten libremente la celebración de uniones matrimoniales o civiles para los extranjeros no domiciliados en sus fronteras⁷⁵.

El primer criterio jurídico establecido al respecto ha sido la procedencia de la inscripción registral de derechos patrimoniales de una pareja homosexual que haya contraído matrimonio en un país extranjero. En el caso de dos hombres que se unieron en Bélgica y compraron dos inmuebles en nuestra capital, y que recurrieron a la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP) a fin

⁷⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia de 21 de agosto de 2014, recaída en el Expediente N° 01153-2013-PA/TC, fundamento 4.

⁷⁵ ZELADA, Carlos J. y Alonso GURMENDI DUNKELBERG. "Entre el escudo y la espada: el matrimonio igualitario visto desde el orden público internacional y el derecho internacional de los derechos humanos". *Themis*, 69, 2016, p. 258.

de registrar la adquisición como bienes de la sociedad conyugal sujetos al régimen de separación de patrimonios, el Tribunal Registral declaró procedente la inscripción de la compra de los inmuebles compartidos por la pareja. El Tribunal concluyó que la inscripción no contravenía el orden público internacional pues la unión se contrajo sin ninguna irregularidad en el país extranjero y señaló que "no resulta factible desconocer la eficacia del vínculo matrimonial contraído entre los compradores ni el régimen patrimonial adoptado como pretende el registrador, ya que dicho vínculo se realizó al amparo de la legislación belga que permite ese tipo de matrimonios, aspecto que no resulta incompatible con el orden público internacional ni con las buenas costumbres. Así, no podría ser incompatible con el orden público internacional el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues está permitido en innumerables países"⁷⁶.

El segundo criterio jurídico establecido ha sido la procedencia de la inscripción en los Registros Civiles del estado civil matrimonial de una pareja homosexual que contrajo matrimonio en un país extranjero. El ciudadano peruano Óscar Ugarteche interpuso demanda ante el RENIEC a fin de obtener el reconocimiento de su matrimonio celebrado en el 2012 en México con el ciudadano de ese país Fidel Aroche⁷⁷. El juzgado constitucional de Lima declaró fundado el pedido del demandante, disponiendo la inscripción de su matrimonio y en la argumentación destacó que "la razón en la cual se ha fundamentado la denegación del reconocimiento del matrimonio celebrado con el demandante en el extranjero, es por la única razón de que fue celebrado entre personas homosexuales, no constituyendo dicho argumento ser razonable y objetivo, por lo que resulta altamente discriminatorio y contrario tanto a nuestra constitución, como a todos los dispositivos internacionales citados en la presente resolución"⁷⁸.

Otro aspecto legal por resolverse es la **inscripción de hijos/as nacidos de uniones celebradas en el extranjero**. Se ha puesto en debate el reconocimiento legal de la maternidad (o paternidad) conjunta de parejas del mismo sexo a propósito de dos mujeres que han solicitado que el RENIEC reconozca la maternidad conjunta del niño que han concebido como parte de su matrimonio celebrado en México⁷⁹.

Estos antecedentes reflejan la necesidad de que se establezca un criterio uniforme sobre las implicancias legales de las uniones celebradas en el extranjero. Por ello, el proyecto de ley señala expresamente que no podrá alegarse en ningún caso que el matrimonio entre dos personas del mismo sexo es en sí mismo incompatible con el

⁷⁶ LA LEY. "Matrimonios gay pueden adquirir e inscribir bienes en el Perú". Nota periodística de fecha 4 de octubre de 2016, elaborada por Ana Bazo Reisman para el portal legal *La Ley*, disponible en <http://laley.pe/not/3554/matrimonios-gay-pueden-adquirir-e-inscribir-bienes-en-el-peru/>. La resolución a la que se hace referencia, y cuyo texto íntegro está disponible en el enlace mencionado, es la Resolución N° 1868-2016-SUNARP-TR-L, de 16 de septiembre de 2016.

⁷⁷ LA LEY. "Juez ordena la inscripción de matrimonio homosexual en el Perú". Nota periodística de fecha 9 de enero de 2017, elaborada por Cynthia Vergaray para el portal legal *La Ley*, disponible en <http://laley.pe/not/3726/juez-ordena-la-inscripcion-de-matrimonio-homosexual-en-el-peru/>.

⁷⁸ La sentencia a la que se hace referencia, y cuyo texto íntegro está disponible en el enlace mencionado en el pie de página previo, es del séptimo Juzgado Constitucional en el Expediente N° 22863-2012-0-1801-JR-CI-08.

⁷⁹ ALTAVOZ. "RENIEC señala que inscribirá a niño con apellidos de sus dos madres. Esta es la historia detrás". Nota periodística de fecha 16 de enero de 2017, elaborado por Matheus Calderón para el portal legal *Altavoz*, disponible en <http://altavoz.pe/2017/01/16/20669/reniec-senala-que-inscribira-a-nino-con-apellidos-de-sus-dos-madres-esta-es-la-historia-detras>.

orden público internacional. Las resoluciones previas a las que se ha hecho referencia abonan a ese criterio que ha sido respaldado también por la academia⁸⁰.

II. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El presente proyecto de ley propone la modificación del Código Civil en el artículo que regula el matrimonio para que se elimine la barrera legal que impide que las parejas del mismo sexo puedan acceder al mismo. Con ello se busca que todas las referencias al matrimonio en el ordenamiento jurídico nacional se apliquen tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo y al constituido por personas de distinto sexo. Asimismo, busca reforzar el marco legal de reconocimiento de los matrimonios por personas de distinto sexo como forma de familia y garantizar que las uniones contraídas válidamente en el extranjero surjan efectos en el Perú.

III. ANALISIS COSTO BENEFICIO

El presente proyecto no demandará gasto alguno para el erario nacional pues se enmarca en el goce de los derechos de las personas a formar familias en su diversidad. Con ello coadyuva a la vigencia del artículo 4° de la Constitución y se enmarca en las políticas nacionales de protección de las familias en su diversidad como el Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2016 – 2021.

⁸⁰ ZELADA, Carlos J. y Alonso GURMENDI DUNKELBERG. "Entre el escudo y la espada: el matrimonio igualitario visto desde el orden público internacional y el derecho internacional de los derechos humanos". *Themis*, 69, 2016, pp. 257-274.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1784-2012
ICA
DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA**

Lima, quince de octubre
de dos mil catorce.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: en discordia; vista la causa signada con el número mil setecientos ochenta y cuatro guión dos mil doce, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia; y, asimismo, habiéndose dejado oportunamente en Relatoría de esta Sala Suprema el voto emitido por la Señora Jueza Suprema **DEL CARPIO RODRÍGUEZ** obrante a folios cincuenta y siete del cuadernillo de casación, la misma que no suscribe la presente; se deja constancia del mismo para los fines pertinentes de acuerdo a ley, de conformidad con los artículos 141, 142, 148 y 149 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. -----

MATERIA DEL RECURSO DE CASACIÓN: Se trata del recurso de casación de folio setenta y nueve interpuesto por Jessica Yanina Saravia Trillo, contra la sentencia de vista emitida por la Sala Mixta de Pisco de la Corte Superior de Justicia de Ica, con fecha diecisiete de noviembre de dos mil once, que confirmó la sentencia apelada la cual declaró **fundada** la demanda de desalojo por ocupación precaria interpuesta por Dora Isabel Huarcaya Toledo, en consecuencia ordenó que la demandada cumpla con entregar a la actora la posesión del inmueble *sub litis* en el plazo de seis días.-----

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN: Que, el recurso de casación fue declarado procedente mediante resolución de fecha veinte de junio de dos mil doce, **por la causal de infracción normativa (procesal y material)** prevista en el artículo 386 del Código Procesal Civil modificado por la Ley número 29364, en virtud a lo cual, la recurrente denuncia que: **a)** Se han infringido los artículos 911, 1026, 1027 y 1028 del Código Civil, toda vez que no es ocupante precaria y su posesión en el inmueble materia de autos es en razón a la relación de convivencia con el hijo de la demandante Robin Fausto Bendezú Huarcaya con quien ha procreado dos hijos menores de edad que vienen a ser nietos de la demandante, es decir su suegra, por ende se ha

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1784-2012
ICA**

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

interpretado erróneamente el artículo 911 del Código Civil, ya que su posesión se debe a un derecho de uso y habitación, el cual se extiende a la familia del usuario, y en su condición de familia de la actora y bajo el consentimiento de la misma es que se encuentra en posesión de parte del inmueble cuya desocupación se solicita; **b)** Se ha infringido el artículo 197 del Código Procesal Civil, toda vez que no se ha realizado una valoración conjunta de los medios probatorios ofrecidos por la recurrente como son las partidas de nacimiento de sus menores hijos y la partida de nacimiento de Robin Fausto Bendeزú Huarcaya con las cuales acreditó que los menores son nietos y su conviviente es hijo de la demandante, por tanto no tiene la condición de precaria sino la posesión se la da el derecho de uso y habitación respecto del bien materia de autos, contiene la sentencia una incorrecta motivación. -----

CONSIDERANDO: -----

PRIMERO.- Que, conforme aparece de autos, a folio once, Dora Isabel Huarcaya Toledo interpone demanda de desalojo por ocupante precario, a fin de que se ordene a la demandada cumpla con desocupar parte del inmueble de su propiedad ubicado en la Calle San Clemente número setecientos nueve – Pisco. Alega como fundamentos de hecho que es propietaria del bien inmueble de mayor extensión inscrito en la Partida Registral número 02006765 del Registro de Propiedad Inmueble de Pisco, dentro del cual se ubica la tienda signada como Calle San Clemente número setecientos nueve que es materia de controversia. Dicho inmueble viene siendo ocupado en forma precaria por la demandada, quien pese a los requerimientos efectuados para que desocupe el mismo, ha hecho caso omiso, motivo por el cual interpone la presente demanda.-----

SEGUNDO.- Que, por escrito que obra a folio veintisiete la demandada Jessica Yanina Saravia Trillo absuelve el traslado de la demanda, solicitando que oportunamente se declare improcedente o infundada la misma, señalando que:

1) De las pruebas aportadas por la demandante, ésta no ha señalado en forma puntual desde qué fecha tiene la condición de ocupante precaria, ni ha señalado el día, mes y año que viene ocupando supuestamente como precaria el inmueble materia de *litis*; **2)** Señala que ocupa parte del área del inmueble

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1784-2012
ICA**

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

ubicado en Calle San José y San Clemente, conjuntamente con su conviviente el hijo de la demandante Robin Fausto Bendezú Huarcaya y sus dos hijos, quienes son nietos de la actora; **3)** El área del inmueble matriz de doscientos cuarenta metros cuadrados no se encuentra independizada. **4)** Siempre ha vivido en el inmueble materia de desalojo con el hijo de la demandante y sus dos menores hijos, ocupando un departamento construido dentro del matrimonio de Fausto Bendezú Quispe y la actora. -----

TERCERO.- Que, a folio cincuenta y uno obra la sentencia de primera instancia, que declaró fundada la demanda y ordenó que la demandada desocupe la parte del inmueble materia de *litis*, por cuanto: **1)** Con la copia literal de folio cinco se acredita que Dora Isabel Huarcaya Toledo y Fausto Bendezú Quispe son propietarios del inmueble ubicado en la Calle San Antonio, Manzana cinco Lote número tres del Pueblo Joven San Miguel, Pisco debidamente inscrito en la Partida Registral número 02006765 del Registro de Propiedad Inmueble de Pisco; mientras que la demandada al absolver el traslado de la demanda no acredita con título alguno que ampare su posesión de la parte del bien cuya restitución se solicita, habiéndose limitado a acompañar copia del acta de nacimiento de sus menores hijos y la partida de nacimiento de Robin Fausto Bendezú Huarcaya, sin que acredite de modo alguno que posea título vigente o fenecido que le faculte la disposición de la parte del bien que es materia de *litis*; **2)** La demandada configura el sujeto pasivo de esta relación procesal, en la condición de precaria como lo señala el artículo 556 parte *in fine* del Código Procesal Civil, por lo que se concluye que la demandada carece de título de posesión alguno respecto del bien que ocupa, encontrándose en el supuesto previsto en el artículo 911 del Código Civil, por lo que resulta exigible la restitución del bien materia de *litis*.-----

CUARTO.- Que, apelada que fuera la sentencia de primer grado por la demandada, la Sala Mixta de Pisco de la Corte Superior de Justicia de Ica por sentencia de vista que obra a folio setenta, confirmó la sentencia apelada que declaró fundada la demanda interpuesta, por cuanto: **1)** Revisado el material probatorio recaudado en el presente proceso, se tiene que el predio *sub litis* ubicado en la Calle San Clemente número setecientos nueve, es de propiedad

CASACIÓN 1784-2012
ICA

de la demandante, según consta en la Partida Registral número 02006765, documento público que no ha sido cuestionado; **2)** La demandada se ha limitado a señalar en su recurso impugnatorio que ocupaba dicho bien, en compañía de su conviviente Robin Fausto Bendezú Huarcaya (hijo de la demandante) y sus dos menores hijos, por lo que no cuenta con medio probatorio alguno que lo sustente, resultando insuficiente su solo dicho; siendo por tanto de aplicación lo previsto en el artículo 196 del Código Procesal Civil, según el cual, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuren su pretensión o a quien lo contradice alegando nuevos hechos; **3)** Al no haber acreditado la demandada la existencia de un título que justifique la posesión que ostenta sobre el bien ubicado en la Calle San Clemente número setecientos nueve y no presentar medios probatorios de la accionante, se concluye válidamente que la citada demandada tiene la condición jurídica de ocupante precaria y como tal se encuentra obligada a restituir el bien a favor de la demandante.

QUINTO.- Que, al formular el recurso de casación, la demandada denuncia la infracción de normas tanto materiales como procesales, en tal sentido, este Supremo Tribunal estima necesario pronunciarse primero sobre la infracción de norma procesal, pues en caso de ampararse esta causal se dispondría el reenvío de la causa al estadio procesal correspondiente, impidiendo que sea factible el análisis de las normas materiales en las que se sustenta la resolución recurrida.

4

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1784-2012
ICA**

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

recurso extraordinario de casación tiene por finalidad la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, así como la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República; además es preciso advertir, respecto a las partidas de nacimiento que se señala, dichos documentos no pueden ser considerados como títulos para justificar posesión sobre el inmueble materia de desalojo. Por lo tanto, debe desestimarse la causal de infracción normativa procesal. -----

SÉTIMO.- Que, la demandante denuncia la infracción normativa de los artículos 911, 1026, 1027 y 1028 del Código Civil, alegando que no es ocupante precaria y su posesión en el inmueble se debe a la relación de convivencia con el hijo de la demandante con quien ha procreado dos hijos menores de edad que vienen a ser nietos de su suegra, por ende se ha interpretado erróneamente el artículo 911 del Código Civil, ya que su posesión se debe a un derecho de uso y habitación que se extiende a la familia del usuario y en su condición de familia de la actora y bajo el consentimiento de la misma, es que se encuentra en posesión de parte del inmueble cuya desocupación se solicita. -----

OCTAVO.- Que, el artículo 911 del Código Civil exige que se prueben dos condiciones copulativas: *Primero.-* Que la parte demandante sea la titular del bien cuya desocupación pretende; y, *Segundo.-* Que la parte emplazada ocupe el mismo sin título o cuando el que tenía ha fenecido. El "Título" a que se refiere la segunda condición copulativa es el que emana de un acto jurídico por el que se otorga al poseedor la propiedad, arrendamiento, usufructo, uso, comodato, superficie, anticresis, entre otros, del bien que detenta, y no nace del solo estado o condición familiar del ocupante, como sería el ser hermano, padre, hijo, primo o cónyuge – entre otros – del actual propietario del bien, o del anterior, inclusive. Tal posesión ha quedado establecida por este Supremo Tribunal en la Casación número 2758-2004 (Lima) del veinticuatro de noviembre de dos mil cinco y en la Casación número 1426-2006 (Lima) del ocho de noviembre de dos mil seis. -----

NOVENO.- Que, en autos, la demandada en su escrito de contestación a la demanda reconoce que la propiedad la detenta la demandante y que siempre ha vivido con el hijo de ésta llamado Robin Fausto Bendezú Huarcaya con

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1784-2012
ICA**

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

quien mantiene una relación de convivencia procreando a sus dos menores hijos; además señala que fue el hijo de la demandante quien la llevó a vivir al inmueble materia de desalojo; asimismo refiere que la actora no señala en forma puntual desde qué fecha tiene la condición de ocupante precaria y que el inmueble matriz no se encuentra independizado; señala que su conviviente siempre ha vivido en el inmueble desde la fecha que se construyó y es por ello que hasta la fecha viene pagando el recibo de consumo de luz eléctrica que se encuentra a nombre de su señor padre; finalmente hace presente que en los otros ambientes que forman parte del área matriz domicilian los otros hermanos de su conviviente; a todo lo expuesto, concluye que su posesión es de buena fe y que le ha sido otorgada por los padres de su conviviente. La parte demandante no ha negado tales afirmaciones a largo de todo el proceso, tan solo se ha limitado a referir -conforme a lo expuesto en su escrito de demanda- contar con un título de propiedad que ampara su pretensión y que la emplazada es ocupante precaria porque no cuenta con título alguno que justifique su posesión sobre el bien.-----

DÉCIMO.- Que, al respecto, el derecho de uso es aquél que autoriza a su beneficiario a servirse de un bien no consumible, tal como lo define el artículo 1026 del Código Civil; se trata de un derecho de carácter personal, en razón a que se sustenta en el uso directo del bien, por lo que se impide ceder a otros el ejercicio de este derecho, en atención a lo preceptuado en el artículo 1029 del mismo cuerpo normativo; así también lo entiende Max Salazar Gallego quien al comentar los alcances de este último artículo, refiere: *“Tratándose de derechos personalísimos, como ya hemos acotado, que atañen solo a los beneficiarios de los mismos, quienes deben efectuar un uso directo sobre la cosa, se constituye una exclusividad en el beneficiario. Este beneficio se traduce en la imposibilidad de transmitir el derecho cedido al beneficiario, ni por herencia u otro acto, sea gratuito u oneroso.”* (Código Civil Comentado por los Cien Mejores Especialistas. Primera Edición, Tomo V, Gaceta Jurídica Sociedad Anónima, Lima, dos mil tres; página setecientos seis).-----

DÉCIMO PRIMERO.- Que, no obstante el carácter personal del derecho de uso, la ley permite una excepción: El derecho de uso puede extenderse a la

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1784-2012
ICA
DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA**

familia del usuario, salvo disposición distinta, a tenor de lo prescrito en el artículo 1028 del Código Civil; no debe pensarse, sin embargo, que lo regulado en la norma importa la creación de un derecho independiente del otorgado al beneficiario directo, sino solo *la extensión* del mismo, de manera tal que no pierda el carácter personalísimo que lo identifica, en otras palabras, el hecho de que la familia del beneficiario pueda también beneficiarse del derecho de uso que le fuera otorgado de forma personalísima, no significa para ellos que se instituya un derecho independiente, sino que éste podrá acceder al beneficio en tanto que el beneficiario también lo detente, de la forma que al concluir el derecho del beneficiario concluye también el de sus familiares. -----

DÉCIMO SEGUNDO.- Que, en ese orden de ideas y si bien en autos se ha acreditado que la demandante cuenta con un título de propiedad inscrito en los Registros Públicos sobre el inmueble materia de *litis*, de lo expuesto se puede advertir que el derecho de uso y habitación que otorgó la demandante a su hijo se extiende por excepción, a la familia de éste, es decir, a su conviviente (la demandada) y a sus menores hijos. Por lo tanto, se entiende que la demandante no solo autorizó sino también consintió que su hijo Robin Fausto Bendezú Huarcaya y su familia habiten parte del inmueble, hecho que se puede corroborar con las partidas de nacimiento y con el documento nacional de identidad perteneciente a la demandada, que obran en autos, en los cuales se consigna la dirección del inmueble y con lo dicho por la demandada en su escrito de contestación a la demanda que fue el hijo de la demandante quien la llevó a vivir en el inmueble donde vienen haciendo vida convivencial, procreando a sus dos hijos menores de siete y cinco años, respectivamente. -----

DÉCIMO TERCERO.- Que, si bien es cierto con la carta notarial de folio diez, la demandante requiere formalmente solo a la demandada para que desocupe el inmueble de su propiedad, también lo es que dicho documento resulta insuficiente, ya que el inmueble materia de desalojo el cual no se encuentra independizado ni se ha señalado qué parte de él viene siendo ocupado de forma precaria, se encuentra en posesión no solo por la demandada sino también por el hijo de la actora y sus nietos; entonces no resulta viable

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 1784-2012

ICA

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

pretender solo desalojar a uno de ellos, más aun y como bien señala la demandada, si mantiene una relación de convivencia viviendo en el inmueble con el hijo de la demandante; además pretender ello originaría quebrar la unidad familiar que conforme a nuestra Constitución vigente es protegida por el Estado. -----

Por los fundamentos expuestos y conforme a lo previsto por el artículo 396 del Código Procesal Civil modificado por la Ley número 29364, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación de folio setenta y nueve interpuesto por Jessica Yanina Saravia Trillo; **CASARON** la resolución impugnada en consecuencia **NULA** la sentencia de vista de folio setenta expedida con fecha diecisiete de noviembre de dos mil once; y, actuando como sede de instancia: **REVOCARON** la apelada y **REFORMÁNDOLA** declararon **improcedente** la misma; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Dora Isabel Huarcaya Toledo contra Jessica Yanina Saravia Trillo, sobre Desalojo por Ocupación Precaria; y *los devolvieron*. Ponente Señora Cabello Matamala, Jueza Suprema.-

S.S.

CABELLO MATAMALA

DEL CARPIO RODRÍGUEZ

MIRANDA MOLINA

CALDERÓN PUERTAS

Dra. Carmen Rosa Champac Cabezas
Secretaria(e)
Sala Civil Transitoria
Corte Suprema

11 DIC 2014

EL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS RODRÍGUEZ MENDOZA, VALCÁRCEL SALDAÑA Y CUNYA CELI, ES COMO SIGUE: ===

MATERIA DEL RECURSO DE CASACIÓN: Se trata del recurso de casación de folio setenta y nueve a ochenta y cinco interpuesto por Jessica Yanina Saravia Trillo, contra la sentencia de vista (resolución número once) de fecha

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 1784-2012

ICA

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

diecisiete de noviembre de dos mil once, de folios setenta a setenta y cuatro, emitida por la Sala Mixta de Pisco de la Corte Superior de Justicia de Ica, que confirmó la sentencia apelada la cual declaró fundada la demanda de desalojo por ocupación precaria interpuesta por Dora Isabel Huarcaya Toledo, en consecuencia ordenó que la demandada cumpla con entregar a la actora la posesión del inmueble *sub litis* en el plazo de seis días. -----

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN: El recurso de casación fue declarado procedente mediante resolución de fecha veinte de junio de dos mil doce de folios veinticinco a veintiséis del cuadernillo de casación, **por la causal de infracción normativa (procesal y material)** prevista en el artículo 386 del Código Procesal Civil modificado por la Ley número 29364, en virtud a lo cual, la recurrente denuncia que: **a)** Se han infringido los artículos 911, 1026, 1027 y 1028 del Código Civil, toda vez que no es ocupante precaria y su posesión en el inmueble materia de autos es en razón a la relación de convivencia con el hijo de la demandante Robin Fausto Bendezú Huarcaya con quien ha procreado dos hijos menores de edad que vienen a ser nietos de la demandante, es decir su suegra, por ende se ha interpretado erróneamente el artículo 911 del Código Civil, ya que su posesión se debe a un derecho de uso y habitación, el cual se extiende a la familia del usuario, y en su condición de familia de la actora y bajo el consentimiento de la misma es que se encuentra en posesión de parte del inmueble cuya desocupación se solicita; **b)** Se ha infringido el artículo 197 del Código Procesal Civil, toda vez que no se ha realizado una valoración conjunta de los medios probatorios ofrecidos por la recurrente como son las partidas de nacimiento de sus menores hijos y la partida de nacimiento de Robin Fausto Bendezú Huarcaya con las cuales acreditó que los menores son nietos y su conviviente es hijo de la demandante, por tanto no tiene la condición de precaria sino la posesión se la da el derecho de uso y habitación respecto del bien materia de autos, contiene la sentencia una incorrecta motivación. -----

CONSIDERANDO: -----

PRIMERO.- Conforme aparece de autos, de folio once a quince, Dora Isabel Huarcaya Toledo interpone demanda de desalojo por ocupante precario, a fin

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1784-2012
ICA
DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA**

de que se ordene a la demandada cumpla con desocupar parte del inmueble de su propiedad ubicado en la Calle San Clemente número setecientos nueve – Pisco. Alega como fundamentos de hecho que es propietaria del bien inmueble de mayor extensión inscrito en la Partida Registral número 02006765 del Registro de Propiedad Inmueble de Pisco, dentro del cual se ubica la tienda signada como Calle San Clemente número setecientos nueve que es materia de controversia. Dicho inmueble viene siendo ocupado en forma precaria por la demandada, quien pese a los requerimientos efectuados para que desocupe el mismo, ha hecho caso omiso, motivo por el cual interpone la presente demanda.-----

SEGUNDO.- Por escrito de folio veintisiete a treinta y dos Jessica Yanina Saravia Trillo absuelve el traslado de la demanda, solicitando que oportunamente se declare improcedente o infundada la misma, señalando que:

1) De las pruebas aportadas por la demandante, ésta no ha señalado en forma puntual desde qué fecha tiene la condición de ocupante precaria, ni ha señalado el día, mes y año que viene ocupando supuestamente como precaria el inmueble materia de *litis*; **2)** Señala que ocupa parte del área del inmueble ubicado en Calle San José y San Clemente, conjuntamente con su conviviente el hijo de la demandante Robin Fausto Bendezú Huarcaya y sus dos hijos, quienes son nietos de la actora; **3)** El área del inmueble matriz de doscientos cuarenta metros cuadrados no se encuentra independizada. **4)** Siempre ha vivido en el inmueble materia de desalojo con el hijo de la demandante y sus dos menores hijos, ocupando un departamento construido dentro del matrimonio de Fausto Bendezú Quispe y la actora.-----

TERCERO.- De folios cincuenta y uno a cincuenta y cuatro obra la sentencia de primera instancia (resolución número seis) de fecha dieciocho de agosto de dos mil once, que declaró fundada la demanda y ordenó que la demandada desocupe la parte del inmueble materia de *litis*, por cuanto: **1)** Con la copia literal de folio cinco se acredita que Dora Isabel Huarcaya Toledo y Fausto Bendezú Quispe son propietarios del inmueble ubicado en la Calle San Antonio, Manzana cinco Lote número tres del Pueblo Joven San Miguel, Pisco debidamente inscrito en la Partida Registral número 02006765 del Registro de

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 1784-2012

ICA

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA


Propiedad Inmueble de Pisco; mientras que la demandada al absolver el traslado de la demanda no acredita con título alguno que ampare su posesión de la parte del bien cuya restitución se solicita, habiéndose limitado a acompañar copia del acta de nacimiento de sus menores hijos y la partida de nacimiento de Robin Fausto Bendezú Huarcaya, sin que acredite de modo alguno que posea título vigente o fenecido que le faculte la disposición de la parte del bien que es materia de *litis*; **2)** La demandada configura el sujeto pasivo de esta relación procesal, en la condición de precaria como lo señala el artículo 556 parte *in fine* del Código Procesal Civil, por lo que se concluye que la demandada carece de título de posesión alguno respecto del bien que ocupa, encontrándose en el supuesto previsto en el artículo 911 del Código Civil, por lo que resulta exigible la restitución del bien materia de *litis*. -----

CUARTO.- Apelada que fuera la sentencia de primer grado por la demandada, la Sala Mixta de Pisco de la Corte Superior de Justicia de Ica por sentencia de vista (resolución número once), de fecha diecisiete de noviembre de dos mil once, de folios setenta a setenta y cuatro, confirmó la sentencia apelada que declaró fundada la demanda interpuesta, por cuanto: **1)** Revisado el material probatorio recaudado en el presente proceso, se tiene que el predio *sub litis* ubicado en la Calle San Clemente número setecientos nueve, es de propiedad de la demandante, según consta en la Partida Registral número 02006765, documento público que no ha sido cuestionado; **2)** La demandada se ha limitado a señalar en su recurso impugnatorio que ocupaba dicho bien, en compañía de su conviviente Robin Fausto Bendezú Huarcaya (hijo de la demandante) y sus dos menores hijos, por lo que no cuenta con medio probatorio alguno que lo sustente, resultando insuficiente su solo dicho; siendo por tanto de aplicación lo previsto en el artículo 196 del Código Procesal Civil, según el cual, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuren su pretensión o a quien lo contradice alegando nuevos hechos; **3)** Al no haber acreditado la demandada la existencia de un título que justifique la posesión que ostenta sobre el bien ubicado en la Calle San Clemente número setecientos nueve y no presentar medios probatorios de la accionante, se concluye válidamente que la citada demandada tiene la condición jurídica de


**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1784-2012
ICA
DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA**


ocupante precaria y como tal se encuentra obligada a restituir el bien a favor de la demandante.-----



QUINTO.- Al formular el recurso de casación Jessica Yanina Saravia Trillo de folios setenta y nueve a ochenta y cinco, denuncia la infracción de normas tanto materiales como procesales, alegando que no se ha realizado una valoración conjunta de los medios probatorios ofrecidos, señalando que con las partidas de nacimiento de sus menores hijos y la partida de nacimiento de Robin Fausto Bendezú Huarcaya acredita que los menores son nietos y su conviviente es hijo de la demandante, por tanto, no tiene la condición de precaria sino la posesión se la da el derecho de uso y habitación del bien materia de autos. Al respecto, se puede advertir que en esencia, lo que alega la impugnante es que se realice una nueva valoración de los medios probatorios, actividad procesal que no es factible realizarse en Sede Casatoria, ya que conforme a lo previsto en el artículo 384 del Código Procesal Civil modificado por la Ley número 29364 el recurso extraordinario de casación tiene por finalidad la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, así como la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República; además es preciso advertir, respecto a las partidas de nacimiento que se señala, dichos documentos no pueden ser considerados como títulos para justificar posesión sobre el inmueble materia de desalojo. Por lo tanto, debe desestimarse la causal de infracción normativa procesal. -----



SEXTO.- La demandante denuncia la infracción normativa de los artículos 911, 1026, 1027 y 1028 del Código Civil, alegando que no es ocupante precaria y su posesión en el inmueble se debe a la relación de convivencia con el hijo de la demandante con quien ha procreado dos hijos menores de edad que vienen a ser nietos de su suegra, por ende se ha interpretado erróneamente el artículo 911 del Código Civil, ya que su posesión se debe a un derecho de uso y habitación que se extiende a la familia del usuario y en su condición de familia de la actora y bajo el consentimiento de la misma, es que se encuentra en posesión de parte del inmueble cuya desocupación se solicita. -----



SÉTIMO.- El artículo 911 del Código Civil exige que se prueben dos condiciones copulativas: *Primero.-* Que la parte demandante sea la titular del

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1784-2012
ICA
DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA**

bien cuya desocupación pretende; y, *Segundo.-* Que la parte emplazada ocupe el mismo sin título o cuando el que tenía ha fenecido. El “*Título*” a que se refiere la segunda condición copulativa es el que emana de un acto jurídico por el que se otorga al poseedor la propiedad, arrendamiento, usufructo, uso, comodato, superficie, anticresis, entre otros, del bien que detenta, y no nace del solo estado o condición familiar del ocupante, como sería el ser hermano, padre, hijo, primo o cónyuge – entre otros – del actual propietario del bien, o del anterior, inclusive. Tal posesión ha quedado establecida por este Supremo Tribunal en la Casación número 2758-2004 (Lima) del veinticuatro de noviembre de dos mil cinco y en la Casación número 1426-2006 (Lima) del ocho de noviembre de dos mil seis.-----

OCTAVO.- El derecho de uso es aquél que autoriza a su beneficiario a servirse de un bien no consumible, tal como lo define el artículo 1026 del Código Civil. Se trata de un derecho de carácter personal, en razón a que se sustenta en el uso directo del bien, por lo que se impide ceder a otros el ejercicio de este derecho, en atención a lo preceptuado en el artículo 1029 del mismo cuerpo normativo; así también lo entiende Max Salazar Gallegos quien, al comentar los alcances de este último artículo, refiere: *“Tratándose de derechos personalísimos, como ya hemos acotado, que atañen solo a los beneficiarios de los mismos, quienes deben efectuar un uso directo sobre la cosa, se constituye una exclusividad en el beneficio. Este beneficio se traduce en la imposibilidad de transmitir el derecho cedido al beneficiario, ni por herencia u otro acto, sea gratuito u oneroso.”* (Código Civil Comentado por los Cien Mejores Especialistas. Primera edición, Tomo quinto, Gaceta Jurídica Sociedad Anónima, Lima, dos mil tres; página setecientos seis).-----

NOVENO.- No obstante el carácter personal del derecho de uso, la ley permite una excepción: el derecho de uso puede extenderse a la familia del usuario, salvo disposición distinta, a tenor de lo prescrito en el artículo 1028 del Código Civil. No debe pensarse, sin embargo, que lo regulado en la norma importa la creación de un derecho independiente del otorgado al beneficiario directo, sino solo *la extensión* del mismo, de manera tal que no pierda el carácter personalísimo que lo identifica; en otras palabras, el hecho de que la familia del

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 1784-2012

ICA

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

beneficiario pueda, también, beneficiarse del derecho de uso que le fuera otorgado de forma personalísima, no significa que para ellos se instituya un derecho independiente, sino que éstos podrán acceder al beneficio en tanto que el beneficiario también lo detente, de tal forma que al concluir el derecho del beneficiario concluye también el de sus familiares.-----

DÉCIMO.- En ese orden de ideas, aplicando lo expuesto en el caso concreto, se tiene que el derecho de uso de haberse otorgado al hijo de la demandante Robin Fausto Bendeزú Huarcaya podría extenderse, por excepción, a la familia de éste. Sin embargo, en autos no se ha acreditado que la demandante cedió el derecho de uso sobre el inmueble *sub litis* a su hijo Robin Fausto Bendeزú Huarcaya, y si bien éste es el padre de los dos menores hijos de la demandada, tampoco se ha acreditado que sea conviviente de ésta y que ambos domicilien en dicho inmueble, más aun, en audiencia única la actora ha señalado que desconoce que su hijo viva en el inmueble *sub litis*, que tiene conocimiento que solo viven la demandada con sus hijos, que no puede precisar si su hijo ha vivido en ese domicilio; entonces, al no haberse acreditado el derecho de uso otorgado a favor de Robin Fausto Bendeزú Huarcaya, menos se puede alegar la extensión del mismo a sus familiares, en este caso a la demandada Jessica Yanina Saravia Trillo, por lo cual ésta tiene la calidad de ocupante precaria.-----

DÉCIMO PRIMERO.- En conclusión, el alegado estado de convivencia de la demandada respecto del titular del derecho de uso -que no ha sido acreditado en autos-, no la convierte en poseedora con título si es que su posesión no se legitima mediante algún acto jurídico que autorice esa posesión, por lo que asiste el derecho a la propietaria y actual demandante de promover el desalojo por la causal de ocupación precaria prevista en el artículo 911 del Código Civil, contra los que se encuentren ocupando el bien de su propiedad, toda vez que las resoluciones emitidas por las instancias de mérito se encuentran ajustadas a ley, por lo que las normas denunciadas han sido debidamente interpretadas y aplicadas .-----

DÉCIMO SEGUNDO.- Siendo así, al no configurarse la causal de infracción de normas materiales ni procesales, el recurso de casación debe desestimarse.----

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1784-2012
ICA
DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA**

Por las consideraciones expuestas, en aplicación del artículo 397 del Código Procesal Civil; **NUESTRO VOTO** es por que se declare: **INFUNDADO** el recurso de casación de interpuesto por Jessica Yanina Saravia Trillo; en consecuencia **NO SE CASE** la sentencia de vista (resolución número once) de fecha diecisiete de noviembre de dos mil once, de folios setenta a setenta y cuatro, expedida por la Sala Superior Mixta de Pisco de la Corte Superior de Justicia de Ica; **SE DISPONGA** la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Dora Isabel Huarcaya Toledo contra Jessica Yanina Saravia Trillo, sobre Desalojo por Ocupación Precaria; y se devuelva.-

S.S.

RODRÍGUEZ MENDOZA

VALCÁRCEL SALDAÑA

CUNYA CELI

Dra. Carmen Rosa Champac Cabezas
Secretaria(e)
Sala Civil Transitoria
Corte Suprema

11 DIC 2014

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO TICONA POSTIGO ES COMO SIGUE: =====


MATERIA DEL RECURSO DE CASACIÓN: -----

Se trata del recurso de casación interpuesto por Jessica Yanina Saravia Trillo mediante escrito de fojas setenta y nueve, contra la sentencia de vista de fojas setenta, de fecha diecisiete de noviembre de dos mil once, emitida por la Sala Mixta de Pisco de la Corte Superior de Justicia de Ica, que confirmó la sentencia apelada de fojas cincuenta y uno, de fecha dieciocho de agosto de dos mil once, que declaró fundada la demanda de Desalojo por Ocupación Precaria interpuesta por Dora Isabel Huarcaya Toledo y en consecuencia, ordenó que la demandada cumpla con entregar a la actora la posesión del inmueble *sub litis* en el plazo de seis días.-----

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1784-2012
ICA
DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA**

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN: -----



El recurso de casación fue declarado procedente mediante resolución de fecha veinte de junio de dos mil doce, por la causal de **infracción normativa** prevista en el artículo 386 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley número 29364, en virtud de lo cual, la recurrente denuncia que: **a)** Se han infringido los artículos 911, 1026, 1027 y 1028 del Código Civil, toda vez que no es ocupante precaria y su posesión en el inmueble materia de autos es en razón a la relación de convivencia con el hijo de la demandante Robin Fausto Bendezú Huarcaya con quien ha procreado dos hijos menores de edad que vienen a ser nietos de la demandante, es decir su suegra, por ende se ha interpretado erróneamente el artículo 911 del Código Civil, ya que su posesión se debe a un derecho de uso y habitación, el cual se extiende a la familia del usuario, en su condición de familiar de la actora y bajo el consentimiento de la misma es que se encuentra en posesión de parte del inmueble cuya desocupación se solicita; **b)** Se ha infringido el artículo 197 del Código Procesal Civil, toda vez que no se ha realizado una valoración conjunta de los medios probatorios ofrecidos por la recurrente, como son las partidas de nacimiento de sus menores hijos y la partida de nacimiento de Robin Fausto Bendezú Huarcaya con las cuales acreditó que los menores son nietos y su conviviente es hijo de la demandante, respectivamente, por lo tanto no tiene la condición de precaria, sino por el contrario la posesión se la da el derecho de uso y habitación respecto del bien materia de autos, motivo por el cual se concluye que la sentencia contiene una incorrecta motivación.-----

CONSIDERANDO:-----

PRIMERO.- Conforme aparece de autos, Dora Isabel Huarcaya Toledo interpone demanda de Desalojo por Ocupación Precaria, a fin de que se ordene a la demandada cumpla con desocupar parte del inmueble de su propiedad ubicado en la Calle San Clemente número setecientos nueve, ubicado en la ciudad de Pisco. Alega como fundamentos de hecho que es propietaria del bien inmueble de mayor extensión inscrito en la Partida Registral número 02006765 del Registro de Propiedad Inmueble de Pisco, dentro del

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 1784-2012

ICA

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

cual se ubica la tienda signada como Calle San Clemente número setecientos nueve que es materia de controversia. Dicho inmueble viene siendo ocupado en forma precaria por la demandada, quien pese a los requerimientos efectuados para que desocupe el mismo, ha hecho caso omiso, motivo por el cual interpone la presente demanda.-----

SEGUNDO.- Que, por escrito de fojas veintisiete la demandada Jessica Yanina Saravia Trillo absuelve el traslado de la demanda, señalando que ocupa parte del área del inmueble ubicado en la Calle San José y San Clemente, conjuntamente con su conviviente Robin Fausto Bendezú Huarcaya, el cual es hijo de la demandante y sus dos hijos, quienes son nietos de la actora. Agrega además que siempre ha vivido en el inmueble materia de desalojo con el hijo de la demandante, quien la llevó a vivir allí, siendo el inmueble de mayor extensión una sola unidad que no ha sido independizada y donde viene ocupando un departamento que fue construido por la sociedad conyugal conformada por Fausto Bendezú Quispe y la demandante.-----

TERCERO.- Que, a fojas cincuenta y uno obra la sentencia de primera instancia, que declaró fundada la demanda y ordenó que la demandada desocupe la parte del inmueble materia de *litis*, ubicado en la tienda signada como Calle San Clemente número setecientos nueve, por cuanto: **1)** Con la copia literal de fojas cinco se acredita que Dora Isabel Huarcaya Toledo y Fausto Bendezú Quispe son propietarios del inmueble ubicado en la Calle San Antonio, Manzana cinco, Lote número tres del Pueblo Joven San Miguel, Pisco debidamente inscrito en la Partida Registral número 02006765 del Registro de Propiedad Inmueble de Pisco; mientras que la recurrente al absolver el traslado de la demanda no acredita con título alguno que ampare su posesión de la parte del bien cuya restitución se solicita, habiéndose limitado a acompañar copia del acta de nacimiento de sus menores hijos y la partida de nacimiento de su conviviente Robin Fausto Bendezú Huarcaya, sin que acredite de modo alguno que posea título vigente o fenecido que le faculte la disposición de la parte del bien que es materia de *litis*; **2)** La demandada configura el sujeto pasivo de esta relación procesal, en la condición de precaria como lo señala el artículo 586 parte *in fine* del Código Procesal Civil, motivo por el cual se


**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 1784-2012

ICA

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

concluye que la recurrente carece de título de posesión alguno respecto del bien que ocupa, encontrándose inmersa en el supuesto previsto en el artículo 911 del Código Civil, por lo tanto resulta exigible la restitución del bien materia de *litis*.-----



CUARTO.- Que, apelada que fuera la sentencia de primer grado por la demandada, la Sala Mixta de Pisco de la Corte Superior de Justicia de Ica por sentencia de vista que obra a fojas setenta, confirmó la sentencia apelada que declaró fundada la demanda interpuesta, por cuanto: **1)** Revisado el material probatorio recaudado en el presente proceso, se tiene que el predio *sub litis* ubicado en la Calle San Clemente número setecientos nueve, es de propiedad de la demandante, según consta en la Partida Registral número 02006765, documento público que no ha sido cuestionado; **2)** La demandada se ha limitado a señalar en su recurso impugnatorio que ocupaba dicho bien, en compañía de su conviviente Robin Fausto Bendezú Huarcaya (hijo de la demandante) y sus dos menores hijos, pero no cuenta con medio probatorio alguno que lo sustente, resultando insuficiente su solo dicho; siendo entonces de aplicación lo previsto en el artículo 196 del Código Procesal Civil, según el cual, la carga probatoria corresponde a quien afirma hechos que configuren su pretensión o a quien lo contradice alegando nuevos hechos; **3)** Al no haber acreditado la demandada la existencia de un título que justifique la posesión que ostenta sobre el bien ubicado en la Calle San Clemente número setecientos nueve y no presentar medios probatorios de la accionante, se concluye válidamente que la citada demandada tiene la condición jurídica de ocupante precaria y como tal se encuentra obligada a restituir el bien a favor de la demandante.-----

QUINTO.- Que, existiendo denuncias por vicios *in iudicando* (infracción de normas materiales), e *in procedendo* (infracción de normas procesales), corresponde verificar primero si se ha configurado o no esta última causal, pues en caso de ser estimada, se dispondría el reenvío de la causa al estadio procesal correspondiente, impidiendo que sea factible el análisis de las normas materiales en las que se sustenta o debió sustentarse la resolución recurrida.

SEXTO.- Que, la demandada alega en el acápite **b)** de los fundamentos de su

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1784-2012
ICA**

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

recurso de casación, que no se ha realizado una valoración conjunta de los medios probatorios ofrecidos, pues con las partidas de nacimiento de sus menores hijos y la partida de nacimiento de Robin Fausto Bendezú Huarcaya acredita que los menores son nietos y su conviviente es hijo de la demandante, por lo tanto, no tiene la condición de precaria, sino la posesión se la otorga el derecho de uso y habitación del bien materia de autos. Respecto a las partidas de nacimiento antes citadas, el suscrito concuerda en el sentido de que dichos documentos no pueden ser considerados como títulos para justificar la posesión sobre el inmueble materia de desalojo; razón por la cual la infracción así sustentada carece de mayor asidero. Sin embargo, existe un elemento que estimo no ha sido debidamente analizado y para lo cual dichas partidas de nacimiento darían ciertos indicios, como es el alegado derecho de uso y habitación sobre el bien *sub litis*.-----

SÉTIMO.- Que, la demandada conviene en señalar que la propiedad del inmueble de mayor extensión la detenta la demandante, pero sostuvo a lo largo del proceso que fue ésta quien cedió el derecho de uso a su hijo Robin Fausto Bendezú Huarcaya, quien es su conviviente, con quien ha procreado dos hijos y ocupan un departamento en el bien sub materia. No obstante, a lo largo del proceso no se ha podido establecer si el estado convivencial alegado aun se mantiene vigente, ni cuál es la parte y metraje del inmueble de mayor extensión que ocuparía la demandada. La demandante, a través de su representante, al contestar la quinta pregunta de la declaración de parte, relacionada con la convivencia alegada entre su hijo y la demandada refiere que: “No me consta respecto a la relación convivencial con la persona que se indica, pero aclaro que la demanda está dirigida contra Jessica Yanina Saravia Trillo al no ostentar título alguno (...)”; respuesta insólita tratándose de la mujer de su hijo y madre de sus nietos, los cuales se encuentran viviendo en el inmueble de su propiedad. Por su parte, la demandada señala que la porción que ocupa: “(...) es la parte del bien del padre de mis hijos y yo ocupó una pequeña parte de todo el bien que comprende”. Como podemos apreciar, en ningún caso se aborda la situación actual de la demandada respecto de las relaciones afectivas mantenidas con el hijo de la demandante, ni tampoco si esta última


**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

CASACIÓN 1784-2012

ICA

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA

efectivamente cedió algún derecho de uso a su hijo que pudiera hacerse extensivo a su familia, guardando ambas partes silencio sobre este punto.-----



OCTAVO.- Que, por ello, estimo que no existen suficientes elementos probatorios para arribar a la conclusión de que la ocupación de la demandada proviene –o es una extensión– del derecho de uso que entregó la demandante a su hijo, pero tampoco se puede descartar tal circunstancia debido a que la actora jamás indicó la forma cómo la emplazada accedió a ocupar el inmueble de su propiedad, además que guarda total silencio respecto de las relaciones sentimentales mantenidas entre aquélla y su hijo, cuya residencia en el bien *sub litis* tampoco se aclara. En tal sentido, el suscrito estima que para arribar a una conclusión sujeta al mérito de lo actuado y a derecho, se hace imprescindible la actuación e incorporación de pruebas de oficio al proceso, teniendo en cuenta que el Juez, como director del proceso, tiene el deber de verificar los hechos expuestos por las partes y en tal virtud, debe dirigir el proceso al establecimiento de la verdad jurídica objetiva. Particularmente, para cumplir con su deber de verificación, el Juez cuenta con determinados poderes para el esclarecimiento de la certeza de los hechos controvertidos, poderes de iniciativa probatoria que son independientes de la carga probatoria que incumbe a las partes y que se encuentran previstos en los artículos 51 inciso 2 y 194 del Código Procesal Civil. La admisión de pruebas de oficio en un proceso encuentra su razón de ser en el estado de insuficiencia de los medios probatorios que advierte el Juzgador, al considerar que los ya incorporados no cumplen plenamente su finalidad, que no es otra que la de producir certeza y crear convicción respecto de los puntos controvertidos; por lo tanto, cuando un Magistrado ejerce la potestad regulada en los citados artículos 51 inciso 2 y 194 del Código Procesal Civil, ello no importa la desnaturalización del proceso, y menos afecta la independencia del ejercicio de la función jurisdiccional, sino que propende al cumplimiento de sus fines.-----

NOVENO.- Que, en tal sentido, considero que el Juez debe premunirse de los medios probatorios que estime necesarios para resolver adecuadamente la controversia, tales como serían por ejemplo una inspección judicial al inmueble *sub litis* y la ampliación de la declaración de ambas partes, además de la

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 1784-2012
ICA
DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA**

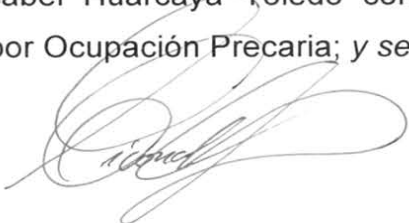
declaración que pudiera brindar Robin Fausto Bendezú Huarcaya, de estimarse conveniente, entre otros medios de prueba que puedan actuarse.-----

DÉCIMO.- Que, en conclusión, al configurarse la causal de infracción normativa de carácter procesal, que afecta el debido proceso y particularmente el derecho de prueba, que alcanza inclusive a la sentencia de primera instancia, el recurso de casación debe declararse fundado, procediendo conforme a lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 396 del Código Procesal Civil, careciendo de objeto pronunciarse sobre la causal de infracción normativa material a que se refiere el acápite **a)** de los fundamentos del recurso de casación.-----

Fundamentos por los cuales, **MI VOTO** es por que se declare: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Jessica Yanina Saravia Trillo mediante escrito de fojas setenta y nueve; **SE CASE** la resolución impugnada; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fojas setenta, de fecha diecisiete de noviembre de dos mil once, emitida por la Sala Mixta de Pisco de la Corte Superior de Justicia de Ica; e **INSUBSISTENTE** sentencia apelada de fojas cincuenta y uno, de fecha dieciocho de agosto de dos mil once; **SE ORDENE** que el Juez de la causa actúe los medios probatorios de oficio que estime convenientes para crear convicción sobre el derecho discutido, luego de lo cual deberá expedir nuevo fallo, con arreglo a derecho y a lo actuado; **SE DECLARE** que carece de objeto pronunciarse sobre la causal de infracción normativa de carácter material; **SE DISPONGA** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Dora Isabel Huarcaya Toledo contra Jessica Yanina Saravia Trillo, sobre Desalojo por Ocupación Precaria; y se devuelvan.-

S.

TICONA POSTIGO



Dra. Carmen Rosa Champac Cabezas
Secretaria(e)
Sala Civil Transitoria
Corte Suprema

01 DIC 2014

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

SUMILLA: Las normas sobre tenencia y custodia no son normas fatales, imperativas, que no admitan modificaciones; por el contrario, precisamente porque es necesario preservar el "*interés superior del niño*", se trata una regla jurídica flexible, que se adecua a lo que lo favorece y que, por lo tanto, antes que privilegiar los factores tiempo, edad, sexo o permanencia protege ese "interés superior", considera al menor como sujeto de derecho y rechaza que se le tenga como objeto dependiente de sus padres o subordinado a la arbitrariedad de la autoridad.

Lima, diez de setiembre de dos mil trece.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: vista la causa número mil novecientos sesenta y uno guión dos mil doce, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

I. ASUNTO:

Viene a conocimiento de esta Suprema Sala, el recurso de casación interpuesto por la demandada **Ana Cecilia Torres del Águila**, mediante escrito de fecha dieciocho de abril de dos mil doce, obrante a fojas ochocientos veintitrés, contra la resolución número cinco de fecha dieciséis de marzo de dos mil doce que, entre otros, revoca la sentencia de primera instancia que declara infundada la demanda sobre tenencia y reformándola, la declara fundada y, en consecuencia, otorgan la tenencia y custodia de los niños a favor de su padre; asimismo fijaron un régimen de visitas a favor de la demandada, con lo demás que contiene.

II. ANTECEDENTES:

1. Demanda:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

Por escrito de fojas diecisiete, William Fernando Miranda Dueñas, interpone demanda de tenencia de menores, tratamiento psiquiátrico y psicológico, pensión de alimentos y régimen de visitas, alegando que fruto de su matrimonio civil con la demandada procrearon dos menores hijos Lucianna Jimena Miranda Torres y Guillermo Andrés Miranda Torres, de siete y tres años de edad, siendo que hace tres años la demandada fue diagnosticada con trastorno bipolar lo que le produce constante evolución y cambio de los estados de ánimo, lo que determinó su alejamiento del hogar conyugal debido a su comportamiento cambiante y su agresividad que hacia imposible la vida conyugal. Agrega que uno de los síntomas que padece es el gasto compulsivo, que hizo que después de ocho meses de su retiro lo demande por el pago de una pensión de alimentos a pesar de que en ningún momento incumplió sus obligaciones como padre; asimismo, señala que sin existir ningún tipo de agresión hacia la demandada ésta lo denunció por maltrato físico y psicológico y en mérito a ellos se sigue un proceso por violencia familiar y se abrió un proceso penal por faltas contra el ahora demandante en el que se le absolvió. Señala que la demandada niega la enfermedad de trastorno de bipolaridad por lo que truncó todos los tratamientos que recibió a lo largo de estos años reflejándose en su conducta, lo que lleva a pensar que en algún momento la demandada en fase maniaca y depresiva pueda ocasionar daños psicológicos o físicos a sus hijos y al recurrente.

2. Contestación de la demanda:

Mediante escrito obrante a fojas treinta y seis, Ana Cecilia Torres Águila, contesta la demanda, primero, deduciendo excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, señalando que éste abandonó el hogar conyugal, sustrayéndose a obligaciones de padre, lo cual llevó a que lo demandara por alimentos a favor de sus dos menores hijos, siendo así el demandante no podía demandar tenencia pues antes habría sido

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

demandado por alimentos; asimismo contesta la demanda, señalando que en lo que respecta a la afirmación del demandante de que ella adolezca de enfermedad mental se trata sólo una afirmación de parte que no se sustenta en ninguna prueba y que lo único que pretende es presionarla y desgastarla al extremo que no tenga fuerza mental para reclamarle los alimentos.

3. Puntos controvertidos:

Conforme aparece a fojas ciento treinta, habiéndose declarado infundada la excepción deducida por la demandada mediante resolución número seis, y luego de declararse saneado el proceso, se fijaron como puntos controvertidos, determinar si debe declararse la tenencia de los menores Lucianna Jimena y Guillermo Andrés Miranda Torres de ocho y cuatro años de edad, a favor del padre demandante; y, como consecuencia de ello, fijar un régimen de visitas a favor de la madre demandada; para este efecto deberá determinarse la existencia de una causa debidamente justificada, pues las partes reconocen que el demandante ha sido demandado por alimentos antes del inicio del presente proceso.

4. Resolución de primera instancia:

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante resolución número veintiocho obrante a fojas quinientos setenta y uno, su fecha veintiuno de marzo de dos mil once, declaró infundada la demanda; fundamentando la misma en:

- 4.1.** Del Informe Psicológico de fojas ciento siete, practicado a la demandada, no se aprecia que la misma adolezca de trastorno bipolar o que sea un peligro para sus hijos; de la Evaluación Psiquiatra de fojas ciento cincuenta y uno, se concluye que la demandada no presenta psicosis y su personalidad está dentro de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

4.2.

los parámetros normales con rasgos inestables, no indicando la existencia de trastorno bipolar que le impida cuidar a sus hijos.

Durante las audiencias se llevó a cabo la exhibición y ratificación de la pericia del Dr. Juan Alejos Zirena en su calidad de neurólogo, del Dr. Víctor Orlado Cruz Campos psiquiatra y de la psiquiatra Rosa Casanova Solimano, quienes no diagnosticaron trastorno bipolar, pero si personalidad dentro de los parámetros normales con rasgos inestables, trastorno afectivo, no arrojando ningún trastorno de disfunción cerebral, trastorno esquizo-afectivo, depresión, no habiéndose diagnosticado bipolaridad (aunque no se descartó en algunos casos), en tanto que el psiquiatra Paul Enrique Vega Adrianzén aprecia que padece de trastorno bipolar. De la entrevista con los menores, la menor Lucciana refiere que quiere a ambos padres, y que quiere vivir con su madre y que su padre los visite los fines de semana; respecto al menor Guillermo Andrés Miranda Torres en su entrevista refiere que desea vivir con su mamá y que su padre los visite.

4.3.

Se tiene en consideración que de los cinco psiquiatras y un psicólogo que han tratado a la demandada, uno de ellos ha referido que su diagnostico con respecto a la demandada es de trastorno bipolar pero ha precisado que sólo se entrevistó una sola vez con la demandada; por su parte los psiquiatras restantes, incluyendo al psiquiatra del departamento de Medicina Legal, no han llegado a la conclusión de que la demandada adolezca de trastorno bipolar pese a que todos ellos también se han entrevistado con la demandada; razones por las que no se ha acreditado fehacientemente que la demandada sufra de trastorno bipolar. Asimismo de los exámenes psicológicos de los menores, no se aprecia que la demandada sea violenta o agresiva con sus hijos; asimismo respecto al informe social del demandante este vive en la casa materna con sus hermanos y es el soporte económico de su

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

familia, por ende no se ha establecido que cuente con disponibilidad para que se ocupe directamente de los niños como si lo hace su madre.

4.4. Los menores en las entrevistas han señalado que se encuentran a gusto viviendo con su madre y que ésta no los maltrata y por lo demás expresamente han referido que desean seguir viviendo con ella y que su papá los visite, siendo así, conforme a lo dispuesto en el artículo 85 del Código de Niños y Adolescentes, debe estarse a la opinión de los niños, esto sumado a que ellos siempre han estado al cuidado de la madre y que no se puede afectar su estabilidad.

5. Fundamentos de la apelación:

Mediante escrito de fojas seiscientos sesenta y cinco, el demandante apela la sentencia, fundamentando la misma en que se ha probado que la demandada padece de problemas psiquiátricos que nunca ha aceptado, habiendo intentado ayudarla para superarlos recurriendo a varios psiquiatras entre los años dos mil tres y dos mil seis, no aceptando la demandada un tratamiento psiquiátrico, tal como ha sucedido al no someterse a la evaluación psiquiátrica que fue dispuesta en el acto de audiencia de fecha veintiocho de enero de dos mil diez, no habiéndose tomado en cuenta la conducta procesal de la demandada; asimismo no se tomó en cuenta el hecho nuevo presentado por su parte, referido a que el día quince de marzo de dos mil diez, cuando fue objeto de agresión por parte de la emplazada, quien le arrojó huevos y luego lo insultó delante de sus hijos, golpeó con un martillo el parabrisas, las lunas del copiloto y los cuatro faros del auto, luego que él le negara dar una suma de dinero para la reparación de una lavadora, estando a que recibe una pensión de alimentos de S/. 3,300.00 (tres mil trescientos con 00/100 Nuevos Soles), sin incluir el pago directo del crédito hipotecario de US\$ 500.00

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

(quinientos con 00/100 Dólares Americanos), y los cerca de S/. 7,000.00 (siete mil con 00/100 Nuevos Soles) por la matrícula de sus hijos en el Colegio *Jean Le Boulch*; asimismo señala que la demandada viene incumpliendo el régimen de visitas y que el colegio ha comunicado su decisión de no renovar la matrícula de su hijo para el año dos mil once; indica además que sus menores hijos conocen a su actual pareja e hijos de ésta, lugar donde se ha acondicionado un dormitorio con todas las comodidades y que cuenta con las redes sociales necesarias para recibir el soporte y acompañamiento.

6. Resolución de segunda instancia:

Elevados los autos en virtud del recurso de apelación interpuesto, la Sala Superior revocó la resolución de primera instancia, reformándola declaró fundada la demanda; bajo los siguientes fundamentos:

6.1. Que, luego de la separación de los cónyuges, el padre no desatendió a los menores, pues ha venido cumpliendo con sus obligaciones alimentarias así como también ejerciendo activamente su derecho de patria potestad.

6.2. La demandada pese a no laborar y recibir mensualmente la pensión alimenticia, tanto para su persona como para sus menores hijos, no ha brindado los cuidados necesarios para un óptimo desarrollo integral de los niños, toda vez, que en el caso del niño Guillermo Andrés Miranda Torres, la Institución Educativa FAP José Quiñones no le renovó la reserva del derecho de matrícula del año dos mil diez, así como tampoco el Colegio *Jean Le Boulch* para el año escolar dos mil once, y en ambos casos por haberse presentado serias dificultades en el manejo conductual del citado niño; el mismo que se corrobora con la pericia psicológica de fojas ciento diez que establece que el citado menor presenta trastorno hiperactivo disocial; que conforme a la carta notarial remitida por

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

el demandante al Colegio *Jean Le Boulch*, con fecha veintidós de diciembre de dos mil diez se señala "...debo señalar que el compromiso adquirido por mi persona de llevar a mi hijo a terapias durante el año 2010 no ha sido cumplido porque lamentablemente no ejerzo en la actualidad la tenencia de mi hijo, y lamentablemente la madre de mi hijo Guillermo a pesar de varios intentos de llevarlo no colaboró con este compromiso"; asimismo se señala que al ser preguntada a la demandada en la audiencia única si sus hijos concurren a las terapias psicológicas, manifestó que no, y además se toma en cuenta la respuesta de la demandada en cuanto señala que si tiene conocimiento de los problemas de conducta que tiene su hijo, pero que no lo ha podido llevar por factor de dinero y tiempo del menor, lo cual a consideración de la Sala Superior no se condice con la realidad, pues en autos ha quedado debidamente establecido que el demandante cumple con sus obligaciones alimentarias, más aún, si la propia emplazada admite a fojas quinientos diecinueve, que el actor se encuentra al día en el pago de los alimentos.

6.3. Asimismo se toma en cuenta las evaluaciones psicológicas y el informe social relacionado con los menores, que no son favorables, al establecerse que si bien los menores cuentan con una inteligencia superior a lo normal, sin embargo tienen regular rendimiento escolar, lo que demuestra que la madre no les brinda los cuidados necesarios para su formación integral.

6.4. Se observa que la demandada no tiene un adecuado control de emociones, conforme se verifica con la constatación policial de fecha quince de marzo de dos mil diez ante la Comisaría de Santa Felicia, de fojas cuatrocientos ochenta y cinco; en las que se indica que la denunciada cogió unos huevos y los lanzó contra su cónyuge en presencia de sus menores hijos, además sacó un martillo metálico y causo daños materiales al vehículo del actor

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

conforme lo corrobora el efectivo policial de la Comisaría de Santa Felicia y el vigilante Pablo Layme Vilca, así como las fotografías de fojas cuatrocientos ochenta y seis, lo que no resulta favorable para el desarrollo integral de sus menores hijos.

6.5. Además se aprecia del cuaderno de medida cautelar de régimen de visitas provisional a favor del accionante que la demandada no ha cumplido con lo ordenado por el órgano jurisdiccional, conforme a las constancias policiales de fojas cincuenta y cuatro, cincuenta y seis, cincuenta y siete, cincuenta y nueve y sesenta, y no ha garantizado el derecho de los niños de mantener el contacto con su padre, habiendo incluso sido requerida mediante resolución de fecha siete de agosto de dos mil nueve, lo que ha dado como consecuencia que el demandante se vea impedido de llevar al menor Guillermo Miranda a las terapias psicológicas especializadas en modificación de conducta, condicionadas por los Centros Educativos "José Quiñones" y "*Jean Le Boulch*", para que pueda continuar con sus estudios escolares, lo que ha motivado que al niño no se le permita continuar con sus estudios en dichos centros educativos.

6.6. Ha sido tomado en consideración lo señalado en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del niño, que dice que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión en concordancia con el artículo 9.3 de dicha Convención, que prescribe "*Los Estados Partes respetarán el derecho del niño, que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*" y los artículos 74, 84, 88 del Código de los Niños y Adolescentes.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

6.7. En tal sentido, la Sala Superior revoca la sentencia recurrida así como también fija un régimen de visitas a favor de la madre a efectos de mantener el vínculo materno filial.

III. RECURSO DE CASACIÓN:

La Suprema Sala mediante la resolución de fecha cinco de julio de dos mil doce ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por la demandada Ana Cecilia Torres del Águila, por la infracción normativa de los artículos IX y X del Título Preliminar y de los artículos 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes; así como el artículo 139 incisos 3° y 5° de la Constitución Política del Estado, al haber sido expuestas las referidas infracciones con claridad y precisión señalándose además la incidencia de ellas en la decisión impugnada.

IV. CUESTIÓN JURÍDICA A DEBATIR:

En el presente caso, la cuestión jurídica en debate radica en determinar si se han infringido las reglas del debido proceso y motivación, así como las normas referidas a tenencia y custodia de menores.

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA:

PRIMERO.- Que, el debido proceso formal constituye una garantía constitucional que asegura que en la tramitación de un proceso, se respeten determinados requisitos mínimos¹. Tales requisitos, que han sido objeto de discusión², en general se considera que abarcan los siguientes criterios: (i) Derecho a ser oportunamente informado del proceso (emplazamiento, notificación, tiempo razonable para preparar la defensa);

¹Carocca Pérez, Alex. **El debido proceso y la tutela judicial efectiva en España**. Normas Legales. Octubre, 1997, pp. A 81 - A 104.

² Por ejemplo, para Bernardis, por su parte, considera, siguiendo la jurisprudencia norteamericana, que ese "máximo de mínimos" estaría constituido por los requisitos de notificación y audiencia (notice and hearing). Bernardis, Luis Marcelo. La garantía procesal del debido proceso. Cultural Cuzco Editor. Lima 1995, pp. 392-414

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

(ii) Derecho a ser juzgado por un juez imparcial, que no tenga interés en un determinado resultado del juicio; (iii) Derecho a tramitación oral de la causa y a la defensa por un profesional (publicidad del debate); (iv) Derecho a la prueba; (v) Derecho a ser juzgado sobre la base del mérito del proceso; (vi) Derecho al juez legal. Derecho fundamental que asiste a todos los sujetos de derecho a plantear sus pretensiones o a ser juzgados por auténticos órganos jurisdiccionales, creados mediante Ley Orgánica, pertenecientes al Poder Judicial, respetuosos con los principios constitucionales de igualdad, independencia y sumisión a la ley, y constituidos con arreglo a las normas comunes de competencia preestablecidas.

SEGUNDO.- Que, se advierte que la recurrente sostiene que la resolución cuestionada no se encuentra debidamente motivada. En realidad, como se aprecia, no cuestiona en sí el debido proceso ni en estricto defectos de motivación, sino el material probatorio, con todo debe señalarse que aquí se ha respetado el derecho a ser informado del proceso, al juez imparcial, a la publicidad del debate y el derecho de defensa, a la prueba, a ser juzgado sobre el mérito del proceso y al juez legal. Nada de eso se ha cuestionado por lo que este extremo del recurso debe ser rechazado.

TERCERO.- Que, siendo ello así, y haciéndose la precisión respectiva, este Tribunal Supremo verificará si la resolución impugnada se encuentra indebidamente motivada. Cabe indicar que: *"La motivación de la decisión judicial es una exigencia constitucional (Art. 139 incs. 3° y 5°); por consiguiente, el Juzgador para motivar la decisión que toma debe justificarla, interna y externamente, expresando una argumentación clara, precisa y convincente para mostrar que aquella decisión es objetiva y materialmente justa, y por tanto, deseable social y moralmente"*³.

³ Primer Pleno Casatorio, Casación número 1465-2007-CAJAMARCA. En: El Peruano, Separata Especial, veintiuno de abril de dos mil ocho, p. 22013.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

CUARTO.- Que, en esa perspectiva, debe indicarse, en cuanto a la justificación interna (que consiste en verificar que “el paso de las premisas a la conclusión es lógicamente -deductivamente- válido” sin que interese la validez de las propias premisas), que el orden lógico propuesto por la Sala Superior ha sido el siguiente: (i) Como **premisa normativa** la sentencia ha considerado dos normas fundamentales: a) el artículo 81 del Código de los Niños y Adolescentes, que en caso de desacuerdo la tenencia la resuelve el juez dictando las medidas necesarias para su cumplimiento; y, b) el artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes, en el extremo que prescribe que el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor. (ii) Como **premisa fáctica** la Sala Superior ha advertido que los menores han sido descuidados y que la madre tiene un carácter inestable. (iii) Como **conclusión** la sentencia considera que la demanda debe ser amparada. Tal como se advierte, la deducción lógica de la Sala es compatible formalmente con el silogismo que ha establecido, por lo que se puede concluir que su resolución presenta una debida justificación interna.

QUINTO.- Que, en lo que concierne a la justificación externa, ésta consiste en controlar la adecuación o solidez de las premisas⁴, lo que supone que la(s) norma(s) contenida(s) en la premisa normativa sea(n) norma(s) aplicable(s) en el ordenamiento jurídico y que la premisa fáctica sea la expresión de una proposición verdadera⁵. En esa perspectiva, este Tribunal Supremo estima que la justificación externa realizada por la Sala Superior es adecuada. En efecto, las normas indicadas son las correctas para resolver el presente caso, pues las premisas normativas aluden a dispositivos referidos a la tenencia y custodia de menores, los que

⁴ Atienza, Manuel. Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales. En <http://razonamientojuridico.blogspot.com>.

⁵ Moreso, Juan José y Vilajosana, Josep María. Introducción a la Teoría del Derecho. Madrid, Marcial Pons Editores, Pág. 184.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

además, conforme se advierte en el considerando vigésimo segundo de la sentencia, han sido concordados con el Preámbulo y el artículo 9.3. de la Convención sobre los Derechos del Niño. A su vez, la premisa fáctica corresponde al material probatorio existente. Dada la corrección de la premisa normativa y fáctica, la conclusión a la que se arribó fue la adecuada, existiendo debida justificación externa.

SEXTO.- Que, en lo que respecta a los problemas específicos de motivación se tiene que, existe *motivación aparente* cuando en una determinada resolución judicial parece que se justifica la decisión pero su contenido no explica las razones del fallo; que existe *motivación insuficiente* cuando no hay un mínimo de motivación exigible y que existe *motivación incongruente* cuando se dejan incontestadas las pretensiones o se desvía la decisión del marco del debate judicial⁶. Tales incorrecciones no se encuentran en la sentencia recurrida. Así, como se ha presentado en líneas precedentes, se ha justificado la decisión tanto en el aspecto de los hechos como en el normativo, hay argumentación prolija y se han contestado las pretensiones existentes, como se puede apreciar del relato detallado de los eventos sucedidos entre las partes y de las normas legales utilizadas. En tal sentido, este Tribunal Supremo estima que se ha fundamentado el por qué del sentido del fallo y se han contestado rigurosamente las pretensiones existentes.

SÉTIMO.- Que, por otra parte, debe verificarse si, como señala la recurrente, no se ha tomado en cuenta que el hijo debe permanecer con el progenitor con el que vivió más tiempo, y que se ha incurrido en error cuando se menciona que sus hijos tienen regular rendimiento cuando en el caso de Guillermo Andrés tiene un promedio de catorce y la menor Lucianna Jimena el de excelente; situaciones ambas que vulnerarían el artículo 84 del referido cuerpo legal. Asimismo, debe verificarse si al no

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente número 0037-2012-PA/TC.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

tomarse en cuenta la opinión de los menores, se ha vulnerado el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes.

OCTAVO.- Que, sobre el particular debe mencionarse que los artículos IX y X del Código de los Niños y Adolescentes hacen referencia al interés superior del niño y a los procesos de menores como problemas humanos⁷. Se trata de normas principistas que guían la interpretación del resto del articulado del referido Código y que deben atenderse, tanto por ser dispositivos legales vigentes como porque responden a los Tratados Internacionales suscritos por el país (por todos: Convención Internacional de los Derechos del Niño). Siendo ello así las infracciones alegadas por la recurrente al artículo 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes⁸ referidos a las facultades del juez en los casos de tenencia y a la necesidad de escuchar la opinión del niño deben ser interpretadas en el marco de las normas principistas antes señaladas.

NOVENO.- Que, establecidos los parámetros legales antes señalados, se observa que, con respecto a la permanencia de los menores con el

⁷ **Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente.-** En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

Artículo X.- Proceso como problema humano.- El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos.

⁸ **“Artículo 84.- Facultad del juez.-** En caso de no existir acuerdo sobre la tenencia, en cualquiera de sus modalidades, el juez resolverá teniendo en cuenta lo siguiente:

a) El hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable;
b) el hijo menor de tres (3) años permanecerá con la madre; y
c) para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño, niña o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.”

Artículo 85.- Opinión.- El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

progenitor que los tuvo más tiempo, debe señalarse que, en efecto, el artículo 84.1 menciona que ello es así, pero dicho dispositivo culmina con la siguiente frase: "*siempre que le sea favorable*". No se trata, por tanto, de una norma fatal, imperativa, que no admite modificaciones; por el contrario, precisamente porque es necesario preservar el "*interés superior del niño*", se trata de una regla jurídica flexible, que se adecúa a lo que le favorece y que, por lo tanto, antes que privilegiar los factores tiempo, edad, sexo o permanencia protege ese "*interés superior*", considerando al menor como sujeto de derecho y rechazando que se le tenga como objeto dependiente de sus padres o subordinado a la arbitrariedad de la autoridad. Así expuestas las cosas, aunque la permanencia del niño con uno de sus progenitores es un elemento a considerar, tal hecho cede cuando tal evento no sea favorable a él. Lo mismo que se ha dicho sobre el artículo 84.1 debe señalarse con respecto al artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes, es decir, la opinión de los menores es importante, pero debe ser evaluada con el conjunto de medios probatorios existentes, a fin de determinar qué es lo que conviene al menor.

DECIMO.- Que, en lo relacionado al error en el promedio escolar de los menores, se observa por la propia declaración de la recurrente en su recurso de casación y por lo expuesto a fojas ochocientos doce que Guillermo Andrés tiene un promedio por debajo del regular, pues apenas llega a trece ponto setenta y ocho, siendo que en el contexto de su Informe Psicológico lo tiene como persona de inteligencia superior. En cambio, conforme se aprecia a fojas ochocientos once, sí es verdad que Lucianna Jimena tiene un promedio destacado (AD). No obstante, esa equivocación de la Sala Superior no sólo no genera nulidad alguna, sino además en nada modifica la contundencia de sus afirmaciones.

UNDÉCIMO.- Que, en efecto, el promedio escolar es sólo uno de los factores tomados en cuenta para dictar la sentencia; a ello se ha

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

agregado que a Guillermo Andrés no se le haya renovado la matrícula del año dos mil diez en la Institución Educativa FAP "José Quiñones" ni en el dos mil once en el "Colegio Jean Le Boulch", y en ambos casos por problemas de conducta del menor, que no han merecido la vigilancia y el control deseable por parte de la recurrente, más aún cuando ha contestado en Audiencia Única que *"no ha podido llevar (a su hijo al psicólogo) por factor dinero y tiempo del menor"* cuando se ha acreditado el cumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte del padre. Asimismo, si bien, como se ha dicho, el promedio de notas de Lucianna Jimena es bueno, no es menos verdad que la educación no puede reducirse a la actividad escolar, sino se desarrolla también en la casa donde se vive. Allí el ambiente es inadecuado para ambos menores. Así, conforme lo expone el Informe Psicológico (fojas ciento trece), Lucianna Jimena, que tiene inteligencia superior con coeficiente ciento doce, es también una niña con *"autoestima por debajo de lo normal, con sentimientos de inferioridad y desvalorización"* y con *"síndrome de niña maltratada"*. Por su parte, Guillermo Andrés, señala el Informe Psicológico, que también tiene una inteligencia superior con coeficiente ciento quince, es *"fronterizo a nivel social"* y, tal como se ha relatado en líneas precedentes, ha tenido problemas de conducta en los dos colegios donde ha estado. Todo ello demuestra que la madre no ha desempeñado de manera debida su labor de resguardo y cuidados necesarios para su formación.

DUODÉCIMO.- Que, a ello, debe añadirse, como lo ha hecho la sentencia impugnada:

- Que el médico neurólogo y psiquiatra de la Clínica Medlab ha señalado que trató a la recurrente porque presenta trastorno afectivo y que le realizó dos evaluaciones para descartar trastorno

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

neuroológico, y que a la tercera sesión (que iba a servir para descartar un posible trastorno bipolar) la ahora demandada ya no concurrió.

- Que el psiquiatra del Instituto Nacional de Salud Mental "Honorio Delgado" refiere haber tratado a la madre de los menores que entonces padecía "depresión mayor" y que, dado el grado de desconfianza que tenía, le pidió descartar trastorno esquizoafectivo, no concurriendo la paciente a ninguna otra cita.
- Que la Historia Clínica obrante de fojas doscientos sesenta y ocho a doscientos setenta informa que la recurrente padece episodio depresivo moderado, D/C trastorno bipolar, lo que fue ratificado por el médico tratante.
- Que la pericia psicológica practicada a la casante señaló que sufre de trastorno de ansiedad generalizada.
- Que, a lo expuesto se añade que la recurrente no tiene un adecuado control de sus emociones, habiendo lanzado huevos y golpeado con un martillo el auto del demandante.

DÉCIMO TERCERO.- Que, lo expuesto permite concluir que en nada se han vulnerado los artículos 84 y 85 del Código de los Niños y Adolescentes, pues ellos han sido evaluados en el contexto del desarrollo de los menores, del actual cuidado que se les brinda y teniendo como norte el principio del "interés superior del niño" y que un proceso de menores es siempre un problema complejo cuya solución se da con la evaluación exigente del material probatorio, como se ha hecho en el presente caso.

VI. DECISIÓN:

Por estas consideraciones y conforme a lo establecido en el artículo 397 del Código Procesal Civil: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada Ana Cecilia Torres del Águila, de fecha dieciocho de abril de dos mil doce, obrante a fojas ochocientos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE
CASACION N° 1961-2012
LIMA

veintitrés; en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista del dieciséis de marzo de dos mil doce, que corre a fojas setecientos treinta y tres; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; en los seguidos por William Fernando Miranda Dueñas contra Ana Cecilia Torres del Águila, sobre tenencia y custodia de menor; y los devolvieron; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo **Calderón Castillo.-**

SS.

ALMENARA BRYSON

HUAMANÍ LLAMAS

ESTRELLA CAMA

RODRÍGUEZ CHAVEZ

CALDERÓN PUERTAS

Jcvp/Ymbs

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dr. STEFANO MORALES INCISO
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

10 6 MAR 2013



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05527-2008-PHC/TC
LAMBAYEQUE
NIDIA YESENIA BACA BARTURÉN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de febrero de 2009, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Nidia Yesenia Baca Barturén contra la sentencia de la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fojas 63, su fecha 11 de septiembre de 2008, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 12 de agosto de 2008, doña Anita de los Milagros Romero Amoretti interpone verbalmente demanda de hábeas corpus, a favor de doña Nidia Yesenia Baca Barturén, contra el Director de la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo, Coronel Miguel Eduardo Acuña Gallo, y contra el Director de la Sanidad de la Policía de Chiclayo, Coronel Emiliano Torres, solicitando que se ordene la alta de la favorecida del Hospital Regional de la Sanidad de la Policía de Chiclayo, a fin de que continúe sus estudios como cadete en la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo, por considerar que el internamiento en dicho hospital vulnera sus derechos a la dignidad, a la libertad personal individual y a no ser discriminada por razón de sexo.

Alega que la favorecida desde el 4 de agosto de 2008 se encuentra internada en el Hospital Regional de la Sanidad de la Policía de Chiclayo por orden del Coronel Acuña Gallo debido a que en días anteriores se le había diagnosticado su estado de embarazo, pero que su internamiento es injustificado puesto que se encuentra en buen estado de salud, manifestando los síntomas propios de un estado de gravidez. Agrega que desde que fue conocida la condición de gestante de la favorecida, ha sufrido tratos discriminatorios al interior de la Escuela Superior Técnica de Policía de Chiclayo, pues durante su internamiento se le ha notificado que se le ha instaurado proceso administrativo disciplinario por estar embarazada.

Realizada la investigación sumaria, se recibe la declaración indagatoria de la favorecida, quien se ratifica en el contenido de la demanda, agregando que en reiteradas oportunidades ha preguntado al doctor Olivares si le podía dar de alta porque se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

encontraba bien de salud, y que éste le ha manifestado que va a permanecer internada hasta que se emita la resolución que la separe de la Escuela Superior Técnica.

Por su parte, en su declaración informativa, el Coronel Miguel Eduardo Acuña Gallo manifiesta que, en efecto, tiene conocimiento que la favorecida se encuentra internada, pero que es falso que él haya ordenado su internamiento en el Hospital Regional de la Sanidad de la Policía de Chiclayo debido a que la Escuela Superior Técnica de la Policía de Chiclayo depende de la Dirección de Instrucción y Doctrina de la Policía Nacional del Perú.

El Cuarto Juzgado Especializado Penal de Chiclayo, con fecha 13 de agosto de 2008, declaró infundada la demanda, por haberse producido la sustracción de la materia, considerando que la favorecida, al haber sido dada de alta, ya no se encuentra internada en el Hospital Regional de la Sanidad de la Policía de Chiclayo.

La recurrida confirmó la apelada, por considerar que en autos no existen elementos de pruebas suficientes que demuestren las violaciones alegadas para poder amparar la demanda.

FUNDAMENTOS

1. § Delimitación de la pretensión

1. Conforme ha quedado expuesto en los antecedentes, el objeto de la presente demanda es que se ordene el alta de la favorecida del Hospital Regional de la Sanidad de la Policía de Chiclayo (en adelante, el Hospital) para que continúe sus estudios como cadete en la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo, debido a que la mantienen internada obligatoriamente y contra su voluntad en el Hospital.
2. Sobre la pretensión demandada, debe señalarse que aun cuando la favorecida haya sido dada de alta, este Tribunal, por las especiales circunstancias del caso, estima necesario hacer uso de la facultad prevista en el segundo párrafo del artículo 1.º del Código Procesal Constitucional y pronunciarse sobre el fondo de la controversia, a fin de determinar si se ha vulnerado, o no, el derecho a la libertad personal de la favorecida, dado que su internamiento en el Hospital se ha mantenido de manera obligatoria y no voluntaria.

2. § La afectación del derecho a la libertad personal

3. La recurrente sostiene que el derecho a la libertad personal de la favorecida ha sido vulnerado porque desde el 3 de agosto de 2008 se mantiene internada, de manera obligatoria y no voluntaria, en el Hospital Regional de la Sanidad de la Policía de Chiclayo, a pesar de que se encuentra bien de salud. Por su parte, la favorecida



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

manifiesta que en reiteradas oportunidades le ha solicitado al doctor Olivares que le disponga el alta porque quería continuar con sus estudios en la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo, pero que éste le ha manifestado que por órdenes superiores debía quedar internada en el Hospital, hasta que se resuelva darle de baja por haber salido embarazada.

4. Teniendo en cuenta ello, corresponde precisar que el derecho a la libertad personal comprende la posibilidad y el ejercicio de realizar todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no riñan con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios. Por ello, ninguna persona con pleno discernimiento puede permanecer internada de manera obligatoria contra su voluntad, así no haya abonado los gastos médicos por la prestación del servicio de salud, debido a que ello vulnera el derecho a la libertad personal, a menos de que existan pruebas fehacientes que demuestren que el no internamiento afectaría de manera cierta e inminente sus derechos a la vida o a la salud.
5. En el presente caso, con el Acta de Constatación, el Oficio N.º 142-2008-DIREUD-ETS-PNP-CH/SEC, la Papeleta de Egreso y el Certificado Médico Legal N.º 010400-V, obrante de fojas 13 a 18, 20, 31 y 35, respectivamente, se demuestra fehacientemente que: **a)** la favorecida, por presentar vómitos y dolor abdominal, fue internada en el Hospital el 1 de agosto y fue dada posteriormente de alta el 3 de agosto de 2008; **b)** el día 4 de agosto de 2008, a la favorecida se le practicó una ecografía obstétrica dando como resultado que se encontraba embarazada; y, **c)** la favorecida, por presentar nuevamente vómitos y dolor abdominal, además de náuseas e intolerancia oral, nuevamente fue internada el 5 de agosto en el Hospital y se le dio de alta el 13 de agosto de 2008, esto es, un día después de que se interpusiera la demanda.
6. Ahora bien, de la valoración conjunta de los medios probatorios referidos, este Tribunal puede concluir que el derecho a la libertad individual de la favorecida ha sido vulnerado, debido a que si bien fue hospitalizada el 5 de agosto porque presentaba vómitos, náuseas y dolor abdominal, a partir del 8 de agosto presentó una evolución favorable, tanto así que el 9 de agosto ya no presentaba síntoma alguno, pero a pesar de ello, a la favorecida no se le dio de alta sino hasta el 13 de agosto de 2008, como consecuencia de la diligencia de constatación realizada por la Juez Penal en el Hospital.

Así pues, resultaba razonable que la favorecida permaneciera internada desde el 5 hasta el 8 de agosto, pues presentaba vómitos, náuseas y dolor abdominal producto de su estado de embarazo, pero a partir del 9 de agosto ya no presentaba síntoma alguno que justificara que el internamiento en el Hospital se mantuviera, por lo que a partir de dicha fecha se pone en evidencia la arbitrariedad de su internamiento, pues esta manifestó al doctor Olivares su ausencia de malestar y, por ende, que le disponga el alta, pero éste a pesar de ello la mantuvo internada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

7. Por ello, puede considerarse que desde el 9 hasta el 13 de agosto de 2008, las autoridades del Hospital, por acción u omisión, mantuvieron internada a la favorecida sin que existiera alguna razón objetiva que justifique dicho internamiento, es decir, que efectivamente durante dicho periodo la favorecida estuvo internada contra su voluntad, en vez de haber continuado con su formación académica y profesional en la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo.

Para llegar a esta conclusión, este Tribunal tiene presente el contenido del certificado médico legal emitido por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, en donde se señala que de la historia clínica de la favorecida que se tiene en el Hospital se puede advertir que se ha consignado que desde el 9 de agosto ella “no ha presentado molestias”, razón por la cual resulta razonable que a partir de dicha fecha le dieran de alta y no que la mantuvieran internada en el Hospital hasta el 13 de agosto de 2008.

8. En este sentido, también debe destacarse que para demostrar el internamiento obligatorio y no voluntario de la favorecida en el Hospital desde el 9 hasta el 13 de agosto de 2008, resulta relevante evaluar el comportamiento de los médicos tratantes desde el 5 hasta 13 de agosto de 2008, ya a partir de dicha fecha la favorecida habría sido internada con la intención de que no siguiera estudiando en la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo.

Así, del Acta de Constatación realizada por la Juez Penal, obrante de fojas 13 a 18, se desprende que desde la fecha del segundo internamiento de la favorecida en el Hospital, el médico encargado de ella fue el doctor Olivares; sin embargo, cuando la Juez Penal se constituyó el 13 de agosto de 2008 al Hospital para verificar el mantenimiento del internamiento obligado de la favorecida, el doctor Olivares no se encontraba en el Hospital sino el doctor Luis Chacaliaza, que manifestó que el doctor Olivares, como Jefe de Piso, era el médico encargado de la salud de la favorecida, pero que “en estos días el no la [h]a evaluado”, ante lo cual, la Juez Penal le preguntó si él la podía evaluar, respondiendo éste que sí, procediendo a su evaluación y ordenando en el acto su alta.

9. El comportamiento de los médicos referidos demuestra, pues, que la favorecida desde el 9 hasta el 13 de agosto de 2008, se encontraba internada en el Hospital contra su voluntad, debido a que no existía ninguna razón objetiva que justifique dicho internamiento, pues ya no presentaba molestias por su estado de embarazo, lo cual se acredita no sólo con el certificado médico legal referido sino también con la declaración del doctor Luis Chacaliaza, quien señala que el doctor Olivares “en estos días (...) no la [h]a evaluado”.

Ello pone de manifiesto, en primer lugar, que al doctor Olivares no le importaba la salud de la favorecida, sino la hubiera evaluado todos los días; en segundo lugar,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

que la demandante, antes del 13 de agosto de 2008, no había sido evaluada en más de una oportunidad, pues el doctor Luis Chacaliaza en su manifestación señala que el doctor Olivares “en estos días” no ha evaluado a la favorecida; y, en tercer lugar, la negligencia y responsabilidad del doctor Olivares como médico tratante de la favorecida, pues mantuvo el internamiento obligatorio y no voluntario de la favorecida en el Hospital, ya que si no la evaluaba todos los días ¿cómo podía tener la convicción de que debía continuar internada o ser dada de alta?

10. Por estas razones, el Tribunal considera que el doctor Olivares vulneró el derecho a la libertad personal de la favorecida, ya que él la mantuvo internada sin que existiera razón alguna que justificara dicha decisión, y ello porque en autos, con la declaración del doctor Luis Chacaliaza, ha quedado demostrado que el doctor Olivares, faltando a sus deberes y obligaciones de médico, no la evaluaba todos los días. Es más, puede afirmarse que la favorecida, al momento de su internamiento en el Hospital, presentaba un embarazo normal y carente de riesgos, ya que tan sólo tenía 7 semanas y más de 2 días, y porque en ninguno de los documentos o declaraciones se menciona, señala o aduce que la favorecida hubiese sido internada por amenaza de aborto o por cualquier otra situación riesgosa.
11. Adicionalmente, resulta oportuno destacar que el comportamiento del doctor Luis Chacaliaza durante la constatación realizada por la Juez Penal no ha sido el más diligente para la correcta impartición de justicia, pues no ha identificado plenamente al doctor Olivares; tan solo menciona que se apellida “Olivares” mas no refiere su nombre completo, lo cual podría hacer suponer que lo trata de encubrir para que no se genere ningún tipo de responsabilidad hacia él. Pero esto no es lo único llamativo del comportamiento del doctor Luis Chacaliaza, que ha quedado registrado en el Acta de Constatación, sino que también debe tenerse presente que este médico – según declaración del Coronel Emiliano Torres Rodríguez – fue quien opinó y ordenó que por segunda vez se internara a la favorecida en el Hospital, por ser su médico tratante.

Ello pone en evidencia que el doctor Luis Chacaliaza también es responsable de que la favorecida haya continuado internada de manera obligatoria y no voluntaria en el Hospital, toda vez que él fue el médico tratante que ordenó su internamiento por segunda vez en el Hospital; por ende, debía ser el médico que tenía que evaluarla de manera constante ya que fue él quien ordenó su internamiento, es decir, tenía que hacerse responsable de las órdenes que impartió como médico tratante, pues conocía el estado de salud de la favorecida.

12. De otra parte, también debe tenerse presente que en la demanda se ha alegado que la favorecida ha sido objeto de tratos discriminatorios por razón de sexo, debido a que fue internada en el Hospital como consecuencia de que en la Escuela Superior Técnica de la Policía de Chiclayo se supo que se encontraba embarazada. Asimismo, se sostiene que como consecuencia del estado de embarazo a la favorecida se le ha



instaurado proceso administrativo disciplinario y no se le permite asistir a sus clases en la Escuela Superior Técnica de la Policía de Chiclayo.

13. Teniendo presente ello, este Tribunal considera que el presente proceso de hábeas corpus debe ser convertido en un proceso de amparo, debido a que la discriminación contra la mujer es un problema social que aún pervive en nuestra sociedad, que vulnera no sólo el derecho a la igualdad real y efectiva entre los sexos, sino que también vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres y constituye una amenaza contra los derechos a la salud y a la vida de las mujeres embarazadas.

A ello debe sumarse que la discriminación a las mujeres embarazadas también vulnera el derecho a la familia, que según el artículo 4.º de la Constitución debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Asimismo, en el presente caso se aduce la vulneración del derecho a la educación que tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona, pues se señala que como consecuencia del embarazo de la favorecida se le impidió su ingreso a las aulas de la Escuela Superior Técnica de la Policía de Chiclayo para que reciba sus clases.

En este orden de ideas, puede concluirse que por los hechos y derechos alegados el hábeas corpus como proceso no constituye el mecanismo procesal adecuado para dilucidar plenamente la presente controversia, ya que algunos de los derechos implicados son objeto de protección del proceso de amparo y no del hábeas corpus; resulta, entonces, válido; y necesario, convertir el presente proceso de hábeas corpus en un proceso de amparo, toda vez que se pretende tutelar el respeto de la dignidad de la favorecida, así como sus derechos a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y a la educación. Además, las partes emplazadas en el proceso han expuesto sus fundamentos sobre la pretensión demandada, lo que implica que su derecho de defensa está absolutamente garantizado.

3.§ La afectación de los derechos a la igualdad y a la educación: discriminación por razón de sexo en las Fuerzas Armadas y en la Policía Nacional del Perú

14. Sobre la afectación de los derechos a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y a la educación, se alega que desde que se supo que la favorecida se encontraba embarazada ha venido siendo objetos de actos y comportamientos discriminatorios en la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo, pues al habersele internado obligatoriamente contra su voluntad en el Hospital se le ha impedido que continúe con sus estudios. A ello debe agregarse el hecho de que a la favorecida, durante su internamiento en el Hospital, se le ha comunicado que viene siendo objeto de un proceso administrativo disciplinario con la finalidad de darle de baja por haber quedado embarazada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

15. En cuanto a lo que se expone sobre los actos discriminatorios por razón de sexo, este Tribunal debe señalar que lo manifestado por la recurrente en la demanda y por la favorecida en su declaración ante la Juez Penal resulta cierto, pues en el diario "El Comercio" del 19 de octubre de 2008 se informó que el 9 de setiembre de 2008, la favorecida había sido separada en forma definitiva de la Escuela Superior Técnica de la Policía de Chiclayo por estar embarazada¹. En igual sentido, la noticia de separación de la favorecida de la Escuela Superior Técnica también ha sido informada por el diario "La Republica" del 3 de febrero de 2009².
16. Por tanto, siendo de conocimiento público que la favorecida ha sido separada definitivamente como alumna de la Escuela Superior Técnica de la Policía de Chiclayo por razón de su estado de embarazo, este Tribunal considera oportuno determinar en primer lugar, si dicho comportamiento es, o no, reiterado en las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú y, en segundo lugar, si la medida de separación dispuesta por la Escuela Superior Técnica de la Policía de Chiclayo, constituye un acto discriminatorio que vulnera los derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de la favorecida.

3.1.§ El embarazo como causal de separación de cadetes y alumnas de las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú

17. En nuestra sociedad es un hecho de conocimiento público y una práctica reiterada que las cadetes y alumnas de las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú que salen embarazadas sean separadas de manera definitiva de la institución a pesar de que Ley N.º 28338, de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, publicada en diario oficial *El Peruano* el 17 de agosto de 2004, no contempla al embarazo como causal para la separación de las cadetes y alumnas de las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú.
18. Así las cosas, cabe destacar que esta práctica reiterada de separación de las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú ha sido objeto de diversas quejas ante la Defensoría del Pueblo y los medios de prensa. Así se tiene que la Defensoría del Pueblo ha destacado que:

"(...) ha recibido diversas quejas de discriminación por embarazo que se habrían cometido en las escuelas de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional del Perú (PNP). Así, el 2 de abril del 2007, se recibió la queja de la cadete F.J.C.A., quien fue expulsada de la Escuela de Oficiales de la PNP (Lima) por encontrarse en estado de gestación. Posteriormente, el 3 de abril del 2007, se recibió la queja de la cadete

¹ <http://www.elcomercio.com.pe/edicionimpresa/Html/2008-10-19/policia-insiste-aplicar-normas-discriminatorias-sus-escuelas.html>

² <http://www.larepublica.com.pe/content/view/251246/>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

M.P.A.C. contra la Escuela Técnica Superior de la PNP (Piura), quien habría sido obligada a firmar su renuncia por estar embarazada”³.

En lo que respecta a los medios de prensa, el diario “El Comercio” del 19 de octubre de 2008, en su artículo “Policía insiste en aplicar normas discriminatorias en sus escuelas” da cuenta que:

“En el 2005 y 2006 tres juzgados diferentes de Piura reincorporaron a la Escuela de Suboficiales de la Policía a Regina Arteaga Sosa, Hilda Inés Rodríguez Neira y Mariana del Pilar Abad Calderón [que fueron separadas por embarazo].

(...)

En abril pasado, la cadete Lincy Shanyn Rebaza Núñez fue alejada de la Escuela Técnica Superior de la Policía por esta causa (...)”⁴.

Finalmente, cabe mencionar el caso de la cadete Flor de Jesús Cahuaya que también fue separada de la Escuela de Oficiales de la Policía Nacional del Perú por encontrarse embarazada.

19. Resulta indudable entonces que en las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú separar a las alumnas y cadetes por razón de su estado de embarazo constituye un comportamiento reiterado que no tiene sustento en la Ley N.º 28338. Determinado ello corresponde evaluar si dicho comportamiento constituye un acto discriminatorio que vulnera los derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

3.2.§ La separación de alumnas y cadetes por razón de embarazo constituye una medida discriminatoria por razón sexo

20. La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada, sino también engloba estos mismos tratamientos cuando se justifican en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Tal como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres.

Por tanto, cualquier distinción de trato (distinción, exclusión o restricción) en el ámbito público o privado que sea desfavorable para la mujer por razón de su estado de embarazo, debido a que le impide injustificadamente gozar o ejercer los derechos fundamentales de que es titular, constituye un acto discriminatorio que es nulo de pleno de derecho por contravenir el inciso 2) del artículo 2.º de la Constitución.

³ Documento Defensorial N.º 002. *La discriminación en el Perú: Problemática, normatividad y tareas pendientes*. Lima: 2007, p. 99.

⁴ *Ibidem*.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

21. En este contexto, resulta oportuno señalar que la decisión de una mujer de traer al mundo una nueva vida humana es una de aquellas opciones que se encuentran protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el inciso 1) del artículo 1.º de la Constitución, que no puede ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular alguno. Consecuentemente, todas aquellas medidas que tiendan a impedir o a hacer más gravoso el ejercicio de la mencionada opción vital, resultan inconstitucionales.

22. Por ende, el embarazo de una alumna, cadete o estudiante no es un hecho que pueda limitar o restringir su derecho a la educación. Por ello, ningún manual o reglamento interno de ningún colegio, instituto, universidad o escuela pública o privada, puede, ni explícita, ni implícitamente, tipificar como infracción, falta o causal de mala conducta, el embarazo de una alumna, estudiante o cadete. Dicho de otro modo, ninguna autoridad pública o particular puede impedirle a una mujer estudiar normalmente por su estado de embarazo.

En este sentido, cualquier norma que se ocupe de tipificar la maternidad como causal de infracción o falta en el ámbito educativo debe ser inaplicable por los jueces en virtud de la facultad conferida por el artículo 138.º de la Constitución, por ser contraria a los derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

4.8 Análisis del caso concreto y efectos de la sentencia

23. En el presente caso, está probado que la favorecida fue separada de la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo por su estado de embarazo. Para este Tribunal dicha decisión constituye un acto discriminatorio que tiene por finalidad estigmatizar a las alumnas y cadetes de las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú por su estado de embarazo, y que por su falta de justificación objetiva y razonable equivale a la imposición de una sanción.

Asimismo, la separación de la favorecida constituye un acto discriminatorio que vulnera sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la educación, debido a que es una medida que tiende a impedir el ejercicio de la maternidad y a restringir injustificadamente el medio idóneo para alcanzar su desarrollo integral.

24. Por esta razón, este Tribunal considera que todas las separaciones de las alumnas y/o cadetes señaladas en los fundamentos 17 y 18 también resultan inconstitucionales por vulnerar los derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. En estos casos, debe precisarse que las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú se encuentran impedidas de separar una alumna o cadete por su estado de embarazo, debido a que dicho comportamiento



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

resulta inconstitucional. Asimismo, cuando el estado de embarazo de las alumnas y cadetes pueda generar circunstancias especiales, resulta legítimo y necesario que la futura madre permanezca en reposo o asista a determinados tratamientos especiales.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, entendiéndose ésta como de un amparo.
2. **DISPONER** que los médicos del Hospital Regional de la Sanidad de la Policía de Chiclayo evalúen diariamente a los pacientes hospitalizados, para no mantenerlos internados de manera obligatoria.
3. Ordenar que la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo reincorpore a doña Nidia Yesenia Baca Barturén como alumna, en el plazo de tres (3) días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en el artículo 22.º del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos del proceso.
4. Declarar que las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú se encuentran impedidas de separar alguna alumna y/o cadete por su estado de embarazo.
5. Remitir copias de lo actuado al Fiscal Penal de Lambayeque, a fin de que investigue y determine si los hechos y comportamientos descritos en los fundamentos de la presente sentencia constituyen delitos.
6. Notificar la presente sentencia, a través de la Secretaría General de este Tribunal, al Ministerio del Interior y a la Dirección General de la Policía Nacional del Perú, para realicen los actos de ejecución de lo ordenado en el fundamento 24 *supra*, e investigue si los hechos y comportamientos descritos en los fundamentos de la presente sentencia constituyen faltas.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALDIRGOS
ETO CRUZ**

Lo que certifico:


Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05652-2007-PA/TC
LIMA
ROSA BETHZABÉ GAMBINI VIDAL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de noviembre de 2008, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Rosa Bethzabé Gambini Vidal contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 183, su fecha 11 de junio de 2007, que declara fundada la excepción de caducidad e improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 13 de octubre de 2004 la recurrente interpone demanda de amparo contra la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana (SBLM) y el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES), solicitando que se deje sin efecto el despido discriminatorio del que habría sido objeto; y que en consecuencia se ordene su reposición en su puesto de trabajo, con el abono de las remuneraciones dejadas de percibir. Manifiesta haber ingresado a laborar en la SBLM como apoderada judicial de la Oficina de Asesoría Jurídica mediante contratos de servicios no personales, desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 24 de mayo de 2004, por lo que al haber acumulado más de 1 año de servicios ininterrumpidos le resulta aplicable la Ley N.º 24041. Alega que ha sido objeto de despido discriminatorio por razón de sexo, debido a que se encuentra embarazada; hecho éste que había comunicado a la SBLM.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social contesta la demanda manifestando que la demandante no ha sido despedida discriminatoriamente, sino que con fecha 30 de junio de 2004 venció el plazo de duración de su contrato de servicios no personales; razón por la cual su relación se extinguió. Agrega que la Ley N.º 24041 no es aplicable a la demandante, porque no ingresó a la carrera administrativa mediante concurso público conforme lo establece el Decreto Legislativo N.º 276.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana propone las excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa y de prescripción, y contesta la demanda señalando que no conocía la situación de embarazo de la demandante. Agrega que la demandante fue contratada mediante contratos de servicios no personales, por lo que no le es aplicable la Ley N.º 24041.

El Quincuagésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró infundadas las excepciones propuestas y fundada en parte la demanda, en el extremo que solicita la reposición de la demandante, por considerar que en autos se encuentra acreditado que ésta fue contratada para realizar labores de naturaleza permanente por más de un año ininterrumpido, resultando de aplicación el Art. 1 de la Ley N.º 24041; e infundada en el extremo que solicita el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

La recurrida, revocando la apelada, declaró fundada la excepción de caducidad e improcedente la demanda, por estimar que la demandante interpuso la demanda cuando el plazo establecido en el Art. 44 del Código Procesal Constitucional había transcurrido en exceso.

FUNDAMENTOS

1. Procedencia de la demanda

1. Antes de ingresar al fondo de la controversia, es preciso determinar si la demanda fue interpuesta dentro del plazo establecido en el Art. 44 del Código Procesal Constitucional (CPConst.), debido a que en el inciso 10) del Art. 5 se establece que no proceden los procesos constitucionales cuando “[h]a vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de hábeas corpus”.
2. Sobre el particular debe tenerse presente que el supuesto despido de la demandante se ejecutó el 21 de mayo de 2004, es decir, que a partir de dicha fecha se debe comenzar a computar el plazo de prescripción para interponer la presente demanda. Debe señalarse que el cómputo del plazo de prescripción se suspendió el 17 de junio y desde el 14 de julio hasta el 10 de setiembre de 2004, por la huelga de los trabajadores del Poder Judicial. Siendo ello así, a la fecha de interposición de la presente demanda, esto es, al 13 de octubre de 2004, no había transcurrido en exceso el plazo de prescripción previsto en el Art. 44 del CPConst., por lo que la excepción de prescripción propuesta deviene en infundada.
3. De otra parte es necesario establecer cuál es el régimen laboral al cual habría estado sujeta la demandante, a efectos de poder determinar la competencia de este Tribunal para conocer la controversia planteada. Al respecto, cabe señalar que de los alegatos de las partes y de las pruebas obrantes en autos, queda demostrado que la recurrente ingresó en la SBLM cuando ya se encontraba vigente la Tercera Disposición Transitoria y Complementaria de la Ley N.º 26918, que estipula que los trabajadores de las Sociedades de Beneficencia Pública están sujetos al régimen laboral de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

actividad privada; razón por la cual a la demandante no le es aplicable la Ley N.º 24041.

4. Sin embargo, en aplicación del principio *iura novit curia*, establecido en el Art. VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal tiene el poder-deber de identificar la norma jurídica que sirve de fundamento a la pretensión solicitada, aun cuando ésta no se encuentre expresamente invocada en la demanda. En efecto, corresponde a este Tribunal subsanar el error de derecho cometido por la demandante en el extremo que pretende su reposición en aplicación de la Ley N.º 24041, ya que estuvo sujeta al régimen laboral de la actividad privada.

1.1. Delimitación del petitorio y de las materias controvertidas

5. La demandante pretende que se ordene su reposición en el puesto de trabajo que venía desempeñando por cuanto ha sido objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo. Alega que la SBLM ha utilizado la terminación del plazo del contrato para encubrir un despido discriminatorio por razones de género y cuya verdadera razón es el hecho de estar embarazada, lo cual vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo reconocido en el Art. 2, inciso 2) de la Constitución.

Asimismo argumenta que los contratos civiles suscritos con la SBLM encubrían, en realidad, una relación laboral caracterizada por la subordinación y dependencia con la que ha prestado sus labores, por lo que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, concluye en que la relación que mantuvo con la SBLM se convirtió en una relación laboral de naturaleza indeterminada.

6. Por su parte la SBLM manifiesta que la demandante ingresó a prestar servicios mediante contratos de servicios no personales, por lo que no ha podido ser despedida discriminatoriamente. Asimismo refiere que desconocía que la demandante estaba embarazada y que la extinción de la relación se produjo en forma automática al haberse cumplido el plazo de duración del último contrato.
7. Teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos por las partes y en atención a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la STC N.º 0206-2005-PA/TC, que constituyen precedente vinculante, este Tribunal considera que, en el presente caso, corresponde evaluar si la demandante ha sido objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo.
8. Debe precisarse al respecto que el pronunciamiento que se vertirá en primer lugar, se circunscribirá en determinar qué tipo de relación hubo entre la demandante y la SBLM, esto es, si hubo una relación laboral encubierta o una verdadera relación civil, para efectos de aplicar el principio de primacía de la realidad y, a partir de allí, considerar los contratos civiles como contratos de trabajo de duración indeterminada. En segundo lugar, si se determina que entre las partes hubo una



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

relación laboral, corresponderá analizar si la demandante ha sido objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo al encontrarse embarazada, ya que sólo podía ser despedida por causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral.

9. Pues bien, teniendo presente que la cuestión que se plantea en el presente proceso de amparo consiste en determinar la existencia de un despido discriminatorio por razón de sexo, motivado por el embarazo y consiguiente maternidad de la recurrente, este Tribunal Constitucional considera necesario abordar las siguientes materias:

- a. La igualdad de derechos de hombres y mujeres en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- b. La igualdad y obligación de no discriminación.
- c. La protección internacional de la mujer y sus derechos humanos.
- d. La discriminación y la igualdad en materia laboral.
- e. La discriminación por razón de sexo: el embarazo.

La discriminación contra la mujer es un fenómeno social que aún pervive en las sociedades, lo cual genera una vulneración del derecho a la igualdad sin sufrir discriminación por ninguna razón, motivo o circunstancia. En lo que al caso incumbe cabe enfatizar que la discriminación basada en el sexo constituye una forma de violencia contra la mujer que vulnera el derecho a la integridad; y que, sin duda, la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer es un asunto de trascendencia social así como una obligación internacional del Estado.

2. La igualdad de derechos de hombres y mujeres en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

10. La igualdad de derechos de hombres y mujeres es un principio de las Naciones Unidas. Así, en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se establece, entre los objetivos básicos, el de “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”. Además, en el Art. 1 de la Carta se proclama que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todas las personas “sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.
11. Sobre la base de la igualdad de derechos de todo ser humano y del principio de dignidad, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su Art. 2, proclama que toda persona podrá gozar de los derechos humanos y las libertades fundamentales “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

12. De manera similar, el Art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Art. 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establecen que los derechos enunciados en ellos son aplicables a todas las personas sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
13. De este modo, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos existe una cláusula general de igualdad de derechos de hombres y mujeres, y una cláusula que contiene la prohibición de una serie de motivos concretos de discriminación lo que constituye una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado a grupos de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona humana.
14. Estos principios generales, basados tanto en la costumbre como en los tratados internacionales, han sido interpretados y aplicados por los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, la Corte Internacional de Justicia, los Comités de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y especialmente por la legislación y jurisprudencia de los países miembros de la ONU. A la luz de este ordenamiento supranacional, este Tribunal Constitucional puede afirmar que la igualdad de los hombres y de las mujeres, así como la prohibición de discriminación contra la mujer, son normas imperativas del Derecho Internacional (*Ius Cogens*) que no admiten disposición en contrario, de acuerdo con el Art. 53 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969.

2.1. La igualdad y la obligación de no discriminación

15. La obligación de no discriminación se encuentra prevista de manera expresa en el Art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Art. 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
16. La obligación de no discriminación no debe confundirse con el derecho de toda persona a ser tratada igual ante la ley, tanto en la formación de la norma como en su interpretación o aplicación.

Las Naciones Unidas han definido la discriminación como toda “distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”¹.

A su vez, el derecho a ser tratado igual ante la ley, consiste en evitar que a una persona se le limite cualquier otro de sus derechos, por los motivos antes mencionados o por otros, de manera injustificada, mientras que el derecho a la igualdad en la aplicación o interpretación de la ley implica que un mismo órgano (jurisdiccional o administrativo) no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, a menos que considere que debe apartarse de sus precedentes, para lo cual debe ofrecer una fundamentación suficiente y razonable que lo justifique.

17. La igualdad, en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad y es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos y de los particulares. En tanto derecho implica una exigencia de ser tratado de igual modo respecto a quienes se encuentran en una idéntica situación, debido a que los derechos a la igualdad y a la no discriminación se desprenden de la dignidad y naturaleza de la persona humana.
18. Cabe destacar que la no discriminación y la igualdad de trato son complementarias, siendo el reconocimiento de la igualdad el fundamento para que no haya un trato discriminatorio. De esta forma, la igualdad de las personas incluye: (i) el principio de no discriminación, mediante el cual se prohíbe diferencias que no se pueda justificar con criterios razonables y objetivos; y (ii) el principio de protección, que se satisface mediante acciones especiales dirigidas a la consecución de la igualdad real o positiva.
19. Sin embargo, tanto la prohibición de discriminación como el derecho a la igualdad ante la ley pueden implicar tratos diferenciados, siempre que posean justificación objetiva y razonable, es decir, que el tratamiento desigual no conduzca a un resultado injusto, irrazonable o arbitrario. El derecho a la igualdad no impone que todos los sujetos de derecho o todos los destinatarios de las normas tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones. Es decir, no todo trato desigual constituye una discriminación constitucionalmente prohibida, sino sólo aquella que no está razonablemente justificada.
20. Teniendo en cuenta lo señalado, puede concluirse que no todo trato desigual ante la ley es una discriminación constitucionalmente prohibida, puesto que no basta con que la norma establezca una desigualdad, sino que ésta no debe ser justificada objetivamente. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio,

¹ Comité de Derechos Humanos de la ONU. Observación General N° 18: No discriminación, párrafo 7.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”².

21. En conclusión, la prohibición de discriminación es una obligación general de los Estados en materia de derechos humanos, que les impide privar el goce o el ejercicio de los derechos humanos a personas que se encuentren sujetas a su jurisdicción, ya sea por motivos de origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole.

3. La protección internacional de la mujer y sus derechos humanos

22. La protección de la igualdad de derechos de la mujer ha sido ampliada y reforzada con la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (DEDM), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM) y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (PFCEDM), porque a pesar de la existencia de otros instrumentos internacionales que favorecen la igualdad de derechos, las mujeres siguen siendo discriminadas en todas las sociedades.
23. Según el Art. 1 de la CEDM la expresión “discriminación contra la mujer” comprende “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.
24. Para el caso que nos ocupa, esta Convención reafirma que la discriminación contra la mujer comprende toda distinción de trato por razón de sexo que: (i) con intención o sin ella sea desfavorable para la mujer; (ii) sea un obstáculo para que la sociedad en su conjunto reconozca los derechos humanos de la mujer en la esfera pública y en la esfera privada; o (iii) sea un obstáculo para que las mujeres gocen y ejerzan plenamente todos sus derechos humanos.
25. De la definición de discriminación contra la mujer de la CEDM puede deducirse que cubre tanto la igualdad de oportunidades (igualdad formal) como la igualdad de resultados (igualdad de facto). Asimismo, puede deducirse que la discriminación contra la mujer abarca toda diferencia de trato (distinción, exclusión o restricción) por motivos de sexo que: a) intencionada o no intencionadamente desfavorezca a la mujer; b) impida a la sociedad en su conjunto reconocer los derechos de la mujer en las esferas doméstica y pública; o, c) impida a la mujer gozar o ejercer los derechos humanos y las libertades fundamentales de que son titulares.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984. Serie A, N.º 4, párr. 56.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

26. De otra parte conviene destacar que en el Art. 4 de la CEDM se reconoce que la igualdad jurídica de la mujer no garantiza automáticamente su trato en igualdad de condiciones, por lo que para acelerar la igualdad real de la mujer en la sociedad y en el lugar de trabajo, los Estados pueden aplicar medidas positivas de carácter correctivo mientras persistan las desigualdades.
27. En el caso de las mujeres las acciones positivas constituyen medidas (normas jurídicas, políticas, planes, programas y prácticas) que permiten compensar las desventajas históricas y sociales que impiden a las mujeres y a los hombres actuar en igualdad de condiciones y tener las mismas oportunidades, es decir, que tienen la finalidad de conseguir una mayor igualdad social sustantiva. En tal línea, el Tribunal Constitucional, en la STC N.º 0001/0003-2003-AI/TC, ha destacado que es deber del Estado ser el promotor de la igualdad sustancial entre los individuos mediante “acciones positivas” o “de discriminación inversa”.
28. En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que ciertas desigualdades de hecho “legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia”. Ello debido a que “pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles”³.
29. Por lo tanto, la prohibición internacional de discriminación basada en el sexo busca promover la igualdad real de las mujeres. Acorde con este propósito, el Estado peruano ha asumido la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para aplicar el principio de la igualdad entre el hombre y la mujer o para remover los obstáculos que impiden el ejercicio pleno del derecho a la igualdad; de dar a las mujeres oportunidades de entablar acciones y pedir protección frente a la discriminación; de tomar las medidas necesarias para eliminar la discriminación tanto en la esfera pública como en el ámbito privado; y de adoptar medidas de acción positiva para acelerar la igualdad de hecho entre el hombre y la mujer.

3.1. Los derechos humanos de la mujer

30. Cuando se utiliza la expresión “derechos humanos de la mujer” se está haciendo referencia, de forma enunciativa, a los derechos humanos reconocidos expresamente en los instrumentos internacionales que tratan específicamente los derechos asociados con la condición de mujer, los cuales no excluyen el goce y el ejercicio de los demás derechos humanos reconocidos en la Constitución Política.
31. Con este reconocimiento específico de derechos humanos se procura eliminar la discriminación contra la mujer en la vida económica, social, política y pública de los países. Entre ellos cabe destacar algunos derechos humanos reconocidos a las mujeres en el CEDM. Así se tiene:

³ *Ibidem*.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- a. El derecho a votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas (Art. 7.a).
- b. El derecho a participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales (Art. 7.b).
- c. El derecho a participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país (Art. 7.c).
- d. La igualdad de condiciones para representar a su gobierno en el plano internacional y para participar en la labor de las organizaciones internacionales (Art. 8).
- e. La igualdad de derechos que los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad (Art. 9.1).
- f. La igualdad de derechos que los hombres en la esfera de la educación (Art. 10).
- g. Los derechos al trabajo, a las mismas oportunidades de empleo, a elegir libremente profesión y empleo, al ascenso, a la estabilidad en el empleo, a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, a la formación profesional, al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico, a la igual remuneración, inclusive prestaciones, y a la igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a la igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo (Art. 11.1. a, b, c y d).
- h. Los derechos a la protección de la salud, a la seguridad en las condiciones de trabajo, a la seguridad social y a las vacaciones pagadas (Art. 11.1. e y f).
- i. Los derechos a prestaciones familiares, a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero y a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida (Art. 13).
- j. El derecho a una idéntica capacidad jurídica en materias civiles (Art. 15.2).
- k. El derecho al igual acceso a los recursos judiciales, que comprende el trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes y los tribunales (Art. 15.2).
- l. El derecho a circular libremente y la libertad para elegir su residencia y domicilio (Art. 15.4).
- m. El derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento (Art. 16.a y b).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- n. Los mismos derechos y responsabilidades que los hombres durante el matrimonio y con ocasión de su disolución y como progenitores, cualquiera que sea su estado civil (Art. 16.c y d).
- o. Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos (Art. 16.e).

3.2. Las obligaciones del Estado para eliminar la discriminación contra la mujer

32. Según el Art. 2 de la CEDM, los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- a. Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio.
- b. Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer.
- c. Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.
- d. Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación.
- e. Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas.
- f. Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.
- g. Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

33. Entre las medidas que el Estado peruano ha adoptado para eliminar la discriminación, tanto en la esfera pública como en el ámbito privado, cabe destacar las siguientes:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- a. La Ley N.º 27270, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de mayo de 2000, que incorpora el Capítulo IV al Título XIV-A del Código Penal, y que tipifica en el Art. 323 a la discriminación como delito. Asimismo, la ley referida modificó la Ley N.º 27270, estableciendo que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa “no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato”.
- b. La Ley N.º 27387, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de diciembre de 2000, que modificó el Art. 116 de la Ley N.º 26859, Orgánica de Elecciones, que establecía por primera vez un sistema de cuotas del 25% de candidatas mujeres como mínimo, incrementándola a 30%.
- c. La Ley N.º 27680, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de marzo de 2002, que reforma el Capítulo XIV del Título IV de la Constitución Política para incluir en las normas sobre las Elecciones Regionales y Municipales una cuota especial de representación por género.
- d. La Ley N.º 27683, de Elecciones Regionales, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 25 de marzo de 2002, que establece que las listas de candidatos deben estar conformadas por no menos de un 30% de hombres o mujeres.
- e. La Ley N.º 27734, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de mayo de 2002, que modificó el Art. 10.º de la Ley N.º 26864, de Elecciones Municipales, que establecía por primera vez un sistema de cuotas del 25% de candidatas mujeres como mínimo, incrementándola a 30% o más para acceder al Congreso.
- f. La Ley N.º 28094, de Partidos Políticos, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de noviembre de 2003, que estatuye que en las listas de candidatos para cargos de dirección del partido político así como para los candidatos a cargos de elección popular, el número de mujeres u hombres no puede ser inferior al 30% del total de candidatos.
- g. El Decreto Supremo N.º 009-2005-MIMDES, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 15 de setiembre de 2005, que aprobó el Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Varones 2006-2010.
- h. El Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2010, adoptado a través del Decreto Supremo N.º 017-2005-JUS del 11 de diciembre de 2005, en el cual se establece acciones y metas completas para el reconocimiento y protección de los derechos humanos de las mujeres.
- i. La Ley N.º 28983, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 16 de marzo de 2007, que constituye una norma de desarrollo constitucional del derecho a la igualdad reconocido en el Art. 2, inciso 2) de la Constitución, y que tiene por objeto establecer el marco normativo, institucional y de políticas públicas en los ámbitos nacional, regional y local, para



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

garantizar a mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida, pública y privada, y propendiendo a la plena igualdad.

- j. El Decreto Supremo N.º 004-2008-MIMDES, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 4 de abril de 2008, que precisa que los estatutos de todas las formas de organización jurídica sin fines de lucro deberán adecuarse a las normas de la Constitución Política y de la ley relativa a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

4. La igualdad y la discriminación en materia laboral

34. El inciso 1), del Art. 26 de la Constitución Política reconoce que en la relación laboral se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación. Es evidente que el reconocimiento constitucional de dicho principio laboral constituye una manifestación del derecho a la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales.
35. Sobre el particular el Tribunal Constitucional, en la STC N.º 008-2005-PI/TC, ha señalado que el principio constitucional de igualdad de trato en el ámbito laboral hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral, el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo y de tratamiento durante el empleo.
36. La discriminación en el entorno laboral es un fenómeno social cotidiano y universal que provoca desigualdades entre las personas y genera desventajas sociales y económicas que debilitan la cohesión y la solidaridad sociales. Por ello, la erradicación de la discriminación laboral tiene por finalidad promover la igualdad de oportunidades a fin de que tanto hombres como mujeres disfruten de un trabajo decente, sin perjuicio de su origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole.
37. En este contexto, la discriminación laboral se produce cada vez que se escoge o rechaza a un trabajador por razón de su origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma o de cualquier otra índole. En buena cuenta, la discriminación en el entorno laboral supone dispensar un trato distinto a las personas atendiendo a ciertas características, como pueden ser la raza, el color o el sexo, lo cual entraña un menoscabo de derecho a la igualdad de oportunidades y de trato y a la libertad de trabajo, debido a que la libertad del ser humano para elegir y desarrollar sus aspiraciones profesionales y personales se ve restringida.
38. La igualdad en el trabajo ha sido un tema recurrente en las normas internacionales del trabajo que adopta y promueve la Organización Internacional de Trabajo (OIT). Así, en la Declaración de Filadelfia, se reconoce que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”.

En igual sentido, en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, se reiteró el principio constitucional de la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, confirmandose así el propósito universal de erradicar la discriminación en el mundo del trabajo mediante la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades.

Entre los primeros instrumentos elaborados por la OIT con el objetivo específico de promover la igualdad y eliminar la discriminación en el trabajo se encuentran el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración, así como el Convenio y la Recomendación 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación.

4.1. La discriminación laboral y sus clases

39. En el apartado a), del Art. 1.1 del Convenio 111 se define la discriminación laboral como “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.
40. La protección contra la discriminación en el empleo y la ocupación es aplicable a todos los sectores del empleo y la ocupación, tanto públicos como privados, y abarca el acceso a la educación, la orientación y la formación profesionales; el acceso al trabajo ya sea por cuenta propia, asalariado o en la administración pública; el acceso a los servicios de colocación o tercerización; el acceso a las organizaciones de trabajadores; la promoción profesional; la seguridad del empleo; la negociación colectiva; la igualdad de remuneración por trabajos de igual valor; el acceso a la seguridad social, los servicios y prestaciones sociales relacionados con el empleo; y otras condiciones laborales, incluidas la seguridad y la salud en el trabajo, las horas de trabajo, los períodos de descanso y las vacaciones.
41. La discriminación laboral consiste en dispensar a las personas un trato diferente y menos favorable debido a determinados criterios, como el sexo, el color de su piel, la religión, las ideas políticas o el origen social, entre otros motivos, sin tomar en consideración los méritos ni las calificaciones necesarias para el puesto de trabajo que se trate. De este modo, la discriminación vulnera la libertad de las personas para conseguir la clase de trabajo a la que aspiran (libertad de trabajo) y menoscaba las oportunidades de los hombres y las mujeres para desarrollar su potencial y sus aptitudes y cualidades, a efectos de ser remunerados en función de sus méritos.

La discriminación laboral también puede venir agravada por la violencia (física o psicológica), u ofensas brutales y malos tratos, el acoso moral, o el acoso sexual ejercidos contra ciertas categorías de trabajadores, como es el caso de las mujeres.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En consecuencia, puede influir en la capacidad de la víctima para conservar el puesto de trabajo o progresar en él.

42. La discriminación laboral puede manifestarse cuando se busca un trabajo, en el empleo o al dejar éste. Las personas pueden ser excluidas o incluso disuadidas de aspirar a un empleo por motivos de raza, sexo, religión u orientación sexual, entre otros motivos, o pueden ser obstaculizadas para ser promovidas profesionalmente. Por ejemplo, hay discriminación laboral cuando a una persona profesionalmente calificada, pero miembro de un grupo político minoritario, se le deniega un empleo, o cuando trabajadores competentes son víctimas de acoso laboral por motivo de su afiliación sindical.

43. Sin embargo, no todas las distinciones de trato han de considerarse discriminatorias. Según el Art. 1.2 del Convenio 111 un trato diferenciado que tenga su origen en las cualificaciones exigidas para un puesto de trabajo es una práctica perfectamente legítima. Por lo tanto, en este contexto, mientras no se restrinja la igualdad de oportunidades, las diferencias de trato no se considerarán discriminatorias.

Asimismo, entre las medidas que no constituyen discriminación laboral cabe mencionar aquellas destinadas a salvaguardar la seguridad del Estado y las motivadas por imperativos especiales de protección, esto es, aquellas dirigidas a atender necesidades específicas en el ámbito de la salud de hombres o mujeres.

Tampoco son discriminatorias las medidas especiales que conllevan un trato diferenciado para quienes tienen necesidades particulares por razones de género, o de discapacidad mental, sensorial o física.

44. La discriminación en el trabajo puede ser directa o indirecta. Es directa cuando las normas jurídicas, las políticas y los actos del empleador, excluyen, desfavorecen o dan preferencia explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características como la opinión política, el estado civil, el sexo, la nacionalidad, el color de la piel o la orientación sexual, entre otros motivos, sin tomar en cuenta sus cualificaciones y experiencia laboral. Por ejemplo, los anuncios de ofertas de empleo en los que se excluye a los aspirantes mayores de cierta edad, o de determinado color de piel o complexión física, es una forma de discriminación directa.

45. En cambio, la discriminación es indirecta cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionadamente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate, pues la aplicación de una misma condición, un mismo trato o una misma exigencia no se les exige a todos por igual. Por ejemplo, el supeditar la obtención de un puesto de trabajo al dominio de un idioma en particular cuando la capacidad lingüística no es requisito indispensable para su desempeño es una forma de discriminación indirecta por razón de la nacionalidad o la etnia de origen.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

También puede haber discriminación indirecta cuando se dispensa un trato diferenciado a categorías específicas de trabajadores, traducida en menores prestaciones sociales o remuneraciones, siempre que éste no se realice sobre bases objetivas y razonables.

46. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación en el empleo y la ocupación se encuentra reconocida tanto en el régimen laboral que regula la actividad pública como en el régimen laboral que regula la actividad privada. Así, el inciso a), del Art. 24 del Decreto Legislativo N.º 276 establece que son derechos de los servidores públicos de carrera hacer “carrera pública en base al mérito, sin discriminación política, religiosa, económica, de raza o de sexo, ni de ninguna otra índole”. En cambio, el Art. 29 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR sanciona con nulidad el despido que tenga una justificación discriminatoria.

4.2. La discriminación laboral por razón de sexo: el embarazo

47. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo incluye dos mandatos. El primero es la prohibición de discriminaciones directas, a través de la cual toda norma, política o acto del empleador que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo es inconstitucional, lo que comporta la obligación de exigir un trato jurídico indiferenciado para hombres y mujeres como regla general. El segundo es la prohibición de la discriminación indirecta, es decir, de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tiene sobre los miembros de uno u otro sexo.
48. De este modo, en el caso de las mujeres la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la necesidad de terminar con la histórica situación de inferioridad de la mujer en la vida social, política y jurídica. Por ello, para asegurar la igualdad real de la mujer en la sociedad y en el lugar de trabajo, se ha previsto la prohibición de todo tipo discriminación por razón de sexo.
49. La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Es decir, que la discriminación laboral por razón de sexo comprende no sólo los tratamientos peyorativos fundados en la constatación directa del sexo, sino también aquellos que se basen en circunstancias que tengan una directa conexión con el sexo.
50. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Las decisiones extintivas basadas en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituye, indudablemente, una discriminación por razón de sexo proscrita por el inciso 2) del Art. 2 de la Constitución Política.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

51. La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de la relación laboral, razón por la cual condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador. Por ello, el Art. 23 de la Constitución Política prescribe que el Estado protege especialmente a la madre que trabaja.
52. Por ello, el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, como también lo es la negativa a contratar a una mujer embarazada, o cuando una trabajadora percibe una remuneración inferior al de un trabajador por un mismo trabajo. Son manifestaciones de discriminación directa porque excluyen la posibilidad de justificar, objetivamente, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida.
53. En este sentido, el apartado d), del Art. 5 del Convenio 158 prescribe que el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación de trabajo. De otra parte, según el Art. 4.1 de la Recomendación 95, el período durante el cual será ilegal para el empleador despedir a una mujer debe comenzar a contarse a partir del día en que le haya sido notificado el embarazo por medio de un certificado médico.
54. Asimismo debe tenerse presente que el Art. 11.1.2 de la CEDM establece que la mujer debe estar protegida en el trabajo frente a la discriminación basada en la maternidad. De ahí que el Estado peruano haya asumido las obligaciones de prohibir a los empleadores utilizar el embarazo como criterio para la contratación o el despido de empleadas, y de adoptar todas las medidas necesarias para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo, concediéndoles prestaciones como la licencia de maternidad remunerada, subsidios para el cuidado de los hijos y una protección especial de la salud durante el embarazo.
55. Por lo tanto, sobre la base del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, puede concluirse que la mujer embarazada está protegida contra todo despido por razón de su condición durante el período de embarazo. Es más, el inciso e) del Art. 29 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR prescribe que el despido se considera nulo si se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los noventa días posteriores al parto, siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido.
56. De otra parte conviene señalar que cuando se sostenga que se es objeto de una conducta discriminatoria, debe acreditarse la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante alegato, para lo cual se requiere, por lo menos, la prueba indiciaria.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5. Análisis de la controversia

57. Teniendo en consideración los criterios expuestos se analiza a continuación, la cuestión planteada en el presente proceso de amparo. Para ello debe tenerse presente que mediante el principio de primacía de la realidad, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.
58. En el presente caso con los contratos obrantes en autos se advierte que la demandante suscribió contratos de servicios no personales con la SBLM para que preste sus servicios desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 30 de mayo de 2004; esto es, para que preste servicios sin estar subordinada, por cierto tiempo o para un trabajado determinado, a cambio de una retribución; sin embargo, con el Memorándum Múltiple N.º 043-2004-OGAF/SBLM, de fecha 12 de mayo de 2004, obrante a fojas 8, se acredita que la SBLM le impartía órdenes, ya que mediante este documento le recordó cuál era su horario de refrigerio y que en caso de incumplimiento sería excluida de la SBLM.
59. Por lo tanto, habiéndose determinado que la demandante —al margen de lo consignado en el texto de los contratos de servicios no personales suscritos— ha desempeñado labores en forma subordinada y permanente, debe aplicarse a su caso el principio de la primacía de la realidad, en virtud del cual queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral y no civil; por lo que la SBLM, al haber despedido a la demandante sin haberle expresado la existencia de una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral que justifique dicha decisión, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo.
60. Sin perjuicio de la conclusión antedicha, este Tribunal considera que la SBLM también ha vulnerado el derecho a la igualdad de la demandante, pues se advierte claramente que ha sido objeto de un despido discriminatorio directo por razón de sexo. Ello queda probado con las cartas obrantes a fojas 6 y 16, mediante las cuales la demandante le comunicó a la SBLM que se encontraba embarazada; y ésta, a pesar de conocer su estado grávido, decidió despedirla bajo el argumento de que el plazo de su contrato había vencido.
61. En lo que respecta al extremo referido al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, al tener tal pretensión naturaleza resarcitoria y no restitutoria, el proceso de amparo no resulta ser la vía idónea para reclamarlo, razón por la cual queda a salvo el derecho de la demandante de acudir a la vía correspondiente.
62. Habiéndose acreditado que la SBLM vulneró el derecho constitucional al trabajo de la demandante, corresponde, de conformidad con el Art. 56 del Código Procesal Constitucional, ordenar que asuma los costos del proceso, los cuales deberán ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 05652-2007-PA/TC

LIMA

ROSA BETHZABÉ GAMBINI VIDAL

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la excepción de caducidad.
2. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.
3. Ordenar que la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana reincorpore a doña Rosa Bethzabé Gambini Vidal como trabajadora en el cargo que desempeñaba o en otro de similar nivel o categoría, en el plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas prescritas en el Art. 22 del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos del proceso.
4. Declarar **IMPROCEDENTE** el extremo de la demanda en que se solicita el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:


Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR